

# Le Silence de l'Administration,

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Jeudi 15 Décembre 1932

PAR

**RENÉ GOUTTENOIRE**

---

M. J. BARTHÉLEMY, *Président*

MM. JACQUELIN

A. MESTRE

} *Suffragants*

---

ÉDITIONS ET PUBLICATIONS  
CONTEMPORAINES-PIERRE BOSSUET  
8, RUE N.-D. DES CHAMPS — PARIS-VI<sup>e</sup>

1932



Le Silence  
de l'Administration



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# Le Silence de l'Administration

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le Jeudi 15 Décembre 1932

PAR

**RENÉ GOUTTENOIRE**

---

M. J. BARTHÉLEMY, *Président*

|               |   |                    |
|---------------|---|--------------------|
| MM. JACQUELIN | } | <i>Suffragants</i> |
| A. MESTRE     |   |                    |

---

ÉDITIONS ET PUBLICATIONS  
CONTEMPORAINES-PIERRE BOSSUET  
8, RUE N.-D. DES CHAMPS — PARIS-VI<sup>e</sup>

1932

La Faculté n'entend donner aucune approbation  
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;  
ces opinions doivent être considérées comme propres  
à leurs auteurs.

---



## INTRODUCTION

### Comment se pose le problème du silence.

L'article 6 de la Déclaration des Droits de 1789 pose le principe de l'égalité des individus devant la loi. On peut en déduire que tous doivent bénéficier également du fonctionnement des services publics. Mais ce bénéfice peut ne provenir que d'une décision des autorités compétentes dont la fonction est d'organiser le jeu de ces services publics. Si ces autorités acceptent la demande qui leur est adressée, aucun problème ne se pose immédiatement. Si elles refusent, le réclamant aura toujours la faculté de se pourvoir devant la juridiction compétente pour connaître du bien fondé du rejet qui lui sera déféré. Une troisième éventualité peut se produire : les autorités garderont le silence.

Ce n'est là qu'un côté de la question. On peut supposer, et l'hypothèse est pratique, que la réclamation n'est pas adressée afin d'obtenir le bénéfice du service public, mais parce que son fonctionnement a causé un préjudice particulier au requérant ; celui-ci en demande réparation. Et c'est encore le principe de l'égalité qui est en jeu : poussé logiquement dans ses conséquences, il oblige à reconnaître que la situation de tous doit se trouver égale devant la répartition des charges publiques. Précisément, le dommage particulier qu'a fait subir le fonctionnement du service public aggrave la situation de l'intéressé et lui devient plus onéreux. C'est pourquoi la jurisprudence a reconnu l'équité d'une telle réparation. L'intéressé la réclamera, mais l'atti-

tude de l'autorité pourra prendre le même aspect que précédemment : accepter, rejeter, ou se taire.

De droit commun, on peut toujours attirer en justice un particulier qui se dérobe. Si la citation en justice ne le fait pas rompre son inertie, le demandeur pourra toujours prendre un jugement de défaut, et ensuite l'exécuter. Mais en matière de droit public, on ne peut pas user d'une procédure semblable. Pour porter un litige devant le Conseil d'Etat, il faut justifier d'une réclamation préalable, et c'est la réponse de l'administration, sa décision dont on conteste le bien fondé, qu'il faut déférer à la juridiction. Or, il n'y a pas de décision préalable lorsque l'administration a gardé le silence.

La question de la décision préalable domine le problème du silence de l'administration. Comme l'exigence de cette formalité est générale, devant le Conseil d'Etat, on perçoit aisément que poser le problème à l'égard de l'individu, c'est écarter une grande partie de la difficulté. Il se peut que la contestation éclate non pas entre une administration et un particulier, mais aussi entre deux administrations. On peut facilement imaginer qu'une administration entreprenne une action qui nécessite une autorisation supérieure ; le cas est fréquent en France où règne un régime de forte centralisation ; où l'autorité supérieure peut garder le silence et sans refuser cette autorisation, ne pas la donner. L'organisation de la « tutelle administrative » est fertile en de tels incidents.

Toutefois le problème peut surgir en dehors de toute décision hiérarchique qui ne se concevrait même pas. Ce peut être dans le cas où une réclamation serait adressée par une administration à une autre, tout comme un particulier l'aurait pu faire. Ce peut être encore en dehors de tout litige ; si pour le fonctionnement normal d'un service, une administration sollicite le concours ou simplement l'avis

d'une autre administration, à laquelle la loi ou la nature des choses l'oblige à se référer, cette seconde administration ne peut par son silence tenir en échec l'activité de la première.

De par la multitude des problèmes ainsi soulevés, on conçoit aisément que les organismes de l'Etat aient eu à s'en préoccuper. Le législateur, les tribunaux, l'administration elle-même ont dû prendre une attitude. Le domaine immense de cette intervention ne permettait pas une solution uniforme, car il fallait tenir compte de nombreuses contingences d'ordre économique, d'ordre politique, d'ordre technique, ou même d'ordre juridique. Les facteurs qui entraient en jeu étaient essentiellement variés et influençaient obligatoirement sur la ligne de conduite à observer. Néanmoins il a paru possible de prendre une disposition de droit commun, ou plus exactement deux : la loi du 17 juillet 1900 en ce qui concerne les particuliers, le décret du 5 novembre 1926 en ce qui concerne les administrations décentralisées. Il existe néanmoins de nombreuses dérogations.

Toutes ces mesures sont parties d'une même considération. L'administration a une fonction à remplir, et si elle ne reconnaît pas — ou ne connaît pas — ce qu'elle doit faire, les juridictions le lui doivent indiquer. De même qu'elles ne peuvent prendre de décisions en dehors de leurs attributions, sous peine de les voir annuler pour excès de pouvoir, de même les autorités administratives ne peuvent se refuser à prendre celles qui sont de leur ressort. Elles ne peuvent rien faire au-delà de ce qu'elles doivent, mais elles doivent faire tout ce que la loi leur impose, et tout ce qu'elles se sont imposé à elles-mêmes, usant d'une faculté que la loi leur reconnaissait. C'est évidemment une conséquence, extrême sans doute, de l'obligation imposée au pouvoir exécutif, par la loi constitutionnelle du 25 février 1875, article

3 alinéa premier. C'est une conséquence de la subordination du pouvoir de décision et d'exécution à la loi.

Il ne faut donc pas s'étonner que l'obligation de faire, de ne pas garder le silence soit d'origine récente en France, et qu'elle ne soit pas reconnue par tous les pays. Longtemps après que les principes révolutionnaires ont été formulés, l'administration a conservé les habitudes que les siècles lui avaient léguées ; elles n'ont pû disparaître que par la pression des nécessités économiques que la multiplicité des services publics avaient fait naître, et par le développement et la généralisation des doctrines individualistes, à l'encontre des autoritarismes, nationaux ou sociaux. Ces autoritarismes ne se manifestent d'ailleurs pas seulement à l'encontre des individus, mais encore à l'encontre des groupements locaux ou régionaux.

Le silence de l'Administration ne sera combattu que lorsque la loi apparaîtra comme l'œuvre de la Souveraineté nationale, car celle-ci comporte comme avers obligatoire le principe de l'égalité de tous les citoyens. Mais au contraire, il existera d'autant plus dangereux que la politique du pays se rapprochera davantage de la dictature, et méconnaîtra plus les droits individuels. La tendance qui emporte les divers pays vers un régime représentatif et démocratique marque de plus en plus une diversion contre l'arbitraire gouvernemental dont le silence n'est évidemment qu'un aspect. Au lieu de faire en sorte qu'une question ne soit pas débattue par les tribunaux, sous prétexte qu'elle constituerait un « acte de gouvernement » l'arbitraire peut se manifester par l'emploi de procédés qui tendent à éviter jusqu'à l'institution du débat. Le résultat est identiquement le même à l'égard de l'individu. Le seul remède consiste à donner une signification au silence.

## CHAPITRE PREMIER

### La question préjudicielle de la décision préalable.

---

#### I. — DOMAINE DE LA DÉCISION PRÉALABLE.

A la base du problème posé par le Silence de l'Administration, on rencontre une exigence particulière du Conseil d'Etat pour se considérer valablement saisi. S'il n'y a pas une décision préalable des autorités administratives, il déclare que la demande est irrecevable. (1)

Cette exigence n'est pas nouvelle. Alors que le Conseil d'Etat était encore une juridiction récente, alors que sa jurisprudence était encore hésitante, il admit cependant tout de suite la nécessité d'une telle décision. On peut citer à cet égard une décision de 1810, *Tanisier* (2) ; il s'agissait d'une demande de radiation d'inscription hypothécaire que le requérant avait introduite devant le Conseil d'Etat ; cette juridiction la repoussa, se fondant sur le motif que ni le ministre de la guerre, ni le ministre du Trésor public n'avaient statué sur la demande.

En 1817, une série de trois arrêts vient confirmer ce principe. (3) C'est d'abord une affaire Mogsén : le requérant

---

(1) Appleton. *Traité de Contentieux administratif*, p. 371 et p. 348 et suiv.

(2) Indiquée par Labayle, *la Décision préalable*, Thèse Paris 1907, p. 36.

(3) Indiquées par Bouchéné Lefer, *De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, ou du contentieux ou du non contentieux*, in *Revue Pratique du Droit français*, T. 17, p. 432 et suiv.

avait attaqué un arrêté préfectoral rendu en matière domaniale ; ses conclusions visaient en outre deux points qui n'étaient pas compris dans l'arrêté ; ces deux demandes ont été déclarées irrecevables parce qu'elles n'avaient été « ni jugées, ni même instruites en première instance ». La deuxième affaire avait été introduite à la suite d'une acquisition de biens du domaine national par un sieur Riollot, et comprenait plusieurs chefs de demande extérieurs à la décision entreprise ; ils furent déclarés irrecevables, parce que « de l'arrêté du préfet et de la décision ministérielle attaquée, il résultait que ces demandes n'avaient été portées en première instance ni devant le ministre ni devant le préfet » et « que le requérant n'était pas recevable à les produire par voie d'appel ». Enfin l'arrêt Sallel déclare irrecevable une réclamation présentée au Conseil d'Etat par voie de Tierce opposition contre un arrêt du roi rendu au contentieux, et renvoie les requérants à se pourvoir devant le ministre. Ces trois arrêts exigent catégoriquement l'existence d'une décision préalable ; et en même temps qu'ils apportent leur contribution à ce qui sera la règle de la décision préalable, ils l'apportent aussi à ce qui sera la théorie du ministre juge.

A partir de cette date, la jurisprudence demeure constante. La règle existe dans toute sa rigueur. Bouchané-Lefer indique un grand nombre d'arrêts qui en font application. Elle subsistera intégralement jusqu'au décret du 2 novembre 1864 qui y apportera la première dérogation en matière de décisions rendues par des autorités décentralisées que des particuliers auront déférées au ministre juge de droit commun et alors que celui-ci aura gardé le silence pendant plus de quatre mois. Et encore la forme même de la dérogation confirme-t-elle le principe. Le silence sera

interprété comme une décision de rejet (1). La loi du 17 juillet 1900 n'a fait qu'étendre ce système.

Est-ce à dire que le Conseil d'Etat ne statue jamais que s'il existe une décision préalable ? La jurisprudence du Conseil d'Etat nous apprend qu'à quelques reprises, cette juridiction s'est considérée saisie *de plano*. Mais c'était dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, puisque dans un cas il s'agissait d'un litige entre un avocat au Conseil d'Etat et un de ses clients ; le Conseil de l'Ordre avait rendu un avis aux termes duquel un avocat au Conseil d'Etat n'est pas tenu de remettre au plaideur la copie intégrale de ses pièces et de ses mémoires ; la haute juridiction administrative homologua cet avis : arrêt Lefort du 4 juin 1897. Dans les autres cas, il s'agissait de contestations entre particuliers et la Banque de France. (Arrêts Doisy de Villargennes, 9 février 1883. *Leb.* p. 151, Mercié 3 juillet 1903, *Leb.* p. 485).

Le caractère exceptionnel de ces décisions apparaît de manière plus évidente. Le Conseil d'Etat, de droit commun, exige toujours la production d'une décision préalable. Et il pousse son exigence jusqu'à l'absolu : non seulement elle est imposée aux particuliers, mais encore aux administrations elles-mêmes, lorsqu'elles veulent attaquer une autre administration (arr. Département de la Mayenne, 30 juin 1905, *Rec.* p. 576).

Au contraire de ce qui se passe devant le Conseil d'Etat, l'exigence de la décision préalable ne se rencontre pas

---

(1) Décret du 2 novembre 1864, art. 7. — Lorsque les ministres statuent sur des recours contre les décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois, à dater de la réception de la réclamation au ministère. Si des pièces sont produites ultérieurement par le réclamant, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée, et se pourvoir devant le Conseil d'Etat.

devant le Conseil de Préfecture. Elle y existe lorsque le litige est motivé par une décision administrative qui n'a pas été sollicitée, et dont c'est l'élaboration qui crée le grief de la partie ; cela concerne notamment le contentieux fiscal et électoral. Mais le fonds de sa compétence réside dans le contentieux des travaux publics ; en cette matière, il est vrai, la constatation ne doit souvent être portée devant la juridiction qu'après une réclamation que n'a pas satisfaite l'autorité administrative ; les articles 50 et 51 du cahier des clauses et conditions générales du 16 novembre 1866 modifié par l'arrêté du 16 novembre 1892, pour les travaux des Ponts et Chaussées, et l'article 70 du décret du 25 novembre 1876 pour les travaux du génie militaire imposent cette réclamation et la partie doit s'y conformer. Toutefois ce ne sont là que des exceptions, et en règle générale, le recours direct est ouvert devant le Conseil de Préfecture (dont la compétence peut paraître alors comme soustraite à la compétence des tribunaux judiciaires.

Il en est de même devant les Conseils de Contentieux des colonies. Il est vrai que les contestations dirigées contre l'administration sont dans certains cas soumises aux Tribunaux de l'ordre judiciaire. On dit certes qu'alors il n'y a pas besoin de rapporter une décision préalable. Mais il existe une formalité qui s'en rapproche assez — et même qu'on a parfois considérée comme un autre mode de la même exigence. C'est le dépôt d'un mémoire préalable à toute citation. Son origine n'a pas le caractère jurisprudentiel, mais légal. Le premier texte qui l'impose se trouve dans la loi des 28 octobre et 5 novembre 1790, dont l'art. 15 du titre 3 est ainsi conçu : « Il ne pourra être exercé aucune action contre le Procureur syndic de chaque département en sa dite qualité sans qu'au préalable on ne se soit pourvu par simple mémoire d'abord au directoire de district pour donner son avis, puis au directoire de département pour

donner une décision. Les directoires de district et de département statueront sur le mémoire dans le délai d'un mois. La remise et l'enregistrement du mémoire interrompront la prescription et dans le cas où les corps administratifs n'auraient pas statué à l'expiration du délai ci-dessus, il sera permis de se pourvoir devant les Tribunaux. Ce texte avait trait à l'administration domaniale. A quelques jours de là, l'article 4 de la loi du 12 novembre 1790 pose la même exigence en cas de procès sur saisie pour paiement des contributions directes.

On a soutenu que l'article 15 précité contenait l'application d'une règle générale et qui s'appliquait chaque fois qu'on pouvait citer l'administration devant les tribunaux judiciaires. On invoquait, à l'appui de cette thèse, un avis du Conseil d'Etat du 28 août 1823, aux termes duquel nul ne peut intenter une action contre l'Etat sans avoir au préalable remis à l'autorité administrative le mémoire mentionné à l'article 15. Et cet argument a servi de base à un jugement du Tribunal civil d'Angoulême du 15 février 1910 (D. P. 1916-1-233 en sous note).

Cette opinion a été vivement combattue. La loi de 1790 se trouve en vigueur dans les territoires rhénans de l'Allemagne ; or un sieur Krimmel introduisit une demande en dommages-intérêts devant le Tribunal de Mayence, contre l'Etat allemand, à la suite de déprédations qu'avait subies un de ses immeubles lors de la construction d'un pont ; le Tribunal rejeta l'exception que présentait l'Etat du défaut de mémoire ; en appel, le tribunal supérieur de Darmstadt confirma le jugement entrepris et donna comme motifs de sa décision que l'article 15 de la loi des 28 octobre et 5 novembre 1790 ne s'appliquait qu'en matière domaniale ; le Tribunal d'Empire maintint cette décision bien que Krimmel n'ait pas invoqué l'argument parmi ses moyens. (Arrêt du 9 novembre 1891, D.P. 1893-2-579). En France,

divers arrêts ont paru orientés dans ce sens, bien que les tribunaux semblassent éviter de se prononcer. Un arrêt de la Chambre Civile en date du 3 juillet 1912, dans une hypothèse analogue à celle où fut rendue la décision du tribunal d'Angoulême rejeta l'application du mémoire. Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts intentée en vertu de la loi du 20 juillet 1799 substituant la responsabilité de l'Etat à celle des membres de l'Enseignement public. Une note de Thomas (D.P. 1916-1-233) sous cet arrêt, admet le bien fondé de la solution ; on y peut voir que malgré les termes absolus dont il s'est servi dans son avis du 28 août 1823, le Conseil d'Etat n'a pu rendre obligatoire dans tous les cas la formalité du mémoire préalable : le gouvernement l'avait sollicité sur le point de savoir si l'article 15 n'était pas caduc, du fait des réformes ultérieures et notamment de l'institution des préfets.

On peut encore citer une autre décision intéressante parce qu'il s'agit d'un marché relatif à des biens de l'Etat. Un sieur Ravaud avait acquis des stocks américains, puis eut un litige avec l'Etat. Il l'assigna devant le Tribunal de Commerce, sans déposer de mémoire préalable. L'Etat souleva et l'incompétence et la nullité de la procédure, fondant cette dernière sur l'article 15. La Cour de Rennes connut l'affaire et rendit son arrêt le 4 mai 1923 (D. P. 1924-2-49 avec une note Jean Appleton). Elle admit que la formalité n'était pas nécessaire.

Et tout cela en ce qui concerne l'Etat.

Il en va autrement à l'égard des départements et des communes. Mais le dépôt n'est jamais nécessaire lorsque le défendeur se trouve un établissement public, notamment de bureau de bienfaisance. (Cass. 11 mai 1910, S. 1912-1-465 avec note Delpech.)

Si donc la formalité du mémoire peut être assimilée à la demande d'une décision préalable, l'exercice est loin d'en

être général devant les tribunaux judiciaires. Mais peut-on faire cette assimilation ? S'il est facile de trouver un biais permettant de répondre non en ce qui concerne les départements et les communes, et d'assurer qu'il s'agit d'un phénomène de tutelle, il n'en est plus de même à l'égard de l'Etat. Cependant, il apparaît bien qu'il ne peut rien y avoir de commun. En effet il est arrivé que le requérant ait tenté d'obtenir une décision de l'administration avant de l'assigner devant les tribunaux judiciaires, et qu'il l'ait effectivement obtenue. Or, parce que les tribunaux judiciaires étaient compétents, la décision du ministre se trouva entachée d'excès de pouvoir. C'est l'affaire Lagauche (Conseil d'Etat, 11 mars 1898, *Leb.* p. 215) (1). Par là se trouve écartée en fait la possibilité d'assimiler les deux exigences : décision préalable et dépôt du mémoire préalable.

Certes on connaîtrait autrement une belle unité dans la jurisprudence administrative quelle que soit la juridiction d'où elle émane. Mais cette unité fait défaut. Il existe d'ailleurs d'autres arguments, cités par Delpesch. C'est tout d'abord que dans le cas d'identité, il y aurait lieu à dépôt de mémoire pour les demandes reconventionnelles et pour les demandes subsidiaires ; la Cour de Cassation a formellement rejeté cette conséquence (Cass., 4 janvier 1896, S. 1831-1-79), alors qu'à cette époque le Conseil d'Etat exigeait la décision préalable même en matières subsidiaires

---

(1) *Aff. Lagauche.* — Considérant que le marché dont le sieur Lagauche a été déclaré titulaire avait uniquement pour objet d'assurer un service départemental à la maison centrale de Nanterre ; que les contestations auxquelles peuvent donner lieu les marchés de fournitures passés par les départements ne sont pas de la compétence de l'autorité administrative ; qu'il suit de là qu'il n'appartenait pas au ministre de l'Intérieur de connaître du recours formé contre l'arrêté du préfet de police autorisant l'adjudication tranchée au profit du requérant ; qu'ainsi la décision du ministre doit être annulée pour incompétence et le surplus des conclusions de la requête rejetées ;.....

— mais on a vu depuis le Conseil d'Etat accepter de connaître d'une adjudication de coupes de bois dans des biens communaux, et pour ce faire dissocier la convention à caractère civil de l'acte d'adjudication (*Arr. Légal Conseil d'Etat* 1922 *Leb.* p. 436).

(voir les nombreux arrêts cités par Bouchené-Lefer, *loc. cit.*). En outre la procédure de défaut serait impossible contre les administrations, car le dépôt du mémoire aurait pour conséquence de rendre l'instance contradictoire *de plano*. Il n'en est rien. Tout au plus constitue-t-il un mode d'avertissement ».

En définitive on peut dire que le domaine de la décision préalable telle qu'elle est exigée par le Conseil d'Etat ne s'étend pas au-delà de la juridiction en premier et dernier ressort. Il a toujours paru juger un acte préexistant.

C'est ce qu'a tenté d'expliquer la doctrine.

## II. — THÉORIE DE BOUCHENÉ-LEFER ET EDOUARD LAFERRIÈRE.

### *Exposé de la Théorie.*

C'est ce qu'on peut appeler la théorie de la création du contentieux par la décision administrative préalable ; elle est la première qui fut émise sur la nature de cette décision. Jusqu'en 1864, si la jurisprudence était bien établie, jamais la doctrine n'en avait tenté l'explication. Sans doute, et à l'exemple du Conseil d'Etat, voyait-on dans cette décision un jugement de première instance. Mais ce qui frappa Bouchené-Lefer (1), c'est que si on se plaçait à ce point de vue, on aurait pu dans certains cas rencontrer une échelle de juridictions bien supérieure à deux : l'arrêt Riollet de 1817 en est une démonstration. D'ailleurs les motifs du Conseil d'Etat ne tardent guère à ne pas faire allusion à ce caractère juridictionnel de la décision préalable qu'il exige ;

---

(1) Bouchené Lefer : *Distinction de l'autorité et de la juridiction administrative, ou du contentieux et du non contentieux administratif*, in *Revue Pratique de Droit Français* (1864), tome 17, p. 432 et suivante, et surtout p. 461.

cela ressort des arrêts Olive, 1829 ; Franty, 1834 ; Dabadie, 1837 ; Belicart, 1849. Tous ces arrêts sont examinés par Bouchené-Lefer qui les connaissait bien.

Dans son article « De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative, ou du contentieux et du non contentieux administratifs » il dénonce que cette idée d'appel a été avancée à la légère. Et non seulement, il invoque la possibilité d'une multiplicité de degrés de juridiction, mais étaie sa critique d'un autre argument. Il arrive souvent que le Conseil d'Etat statue en premier et dernier ressort ; et il cite les cas de recours pour excès de pouvoir, de recours pour interprétation, de recours directs contre les ordonnances de liquidation de pension... Dès lors il faut trouver une autre explication.

Il remarque que la décision n'émane que de l'autorité qui gère et non de l'autorité qui juge. L'autorité qui gère, c'est l'administration active, et ses représentants, ses organes ordinaires, ce sont les ministres. L'autorité qui juge, c'est le Conseil d'Etat. Il n'est saisi qu'autant qu'il y a litige. Et cela est si vrai que le ministre peut connaître de demandes qui se rapportent à une faveur, qui ne se basent pas sur un droit. La juridiction, au contraire, se trouve réservée aux questions de droit ; il lui faut un litige pour qu'elle soit saisie. Et Bouchené-Lefer remarque que le Conseil d'Etat ne peut pas donner solution pour interpréter une décision sans que soit pendant une question née et actuelle. Il ne se reconnaît pas le pouvoir d'interprétation si cette condition n'est pas réalisée.

Où le litige puise-t-il sa source ? Dans une opposition des prétentions. Et, dit Bouchené-Lefer : « Tant que l'administration, c'est-à-dire l'autorité administrative, n'a pas examiné une demande et ne l'a pas repoussée, tant qu'elle n'a pas manifesté et formulé une prétention contraire, au moyen d'un ordre ou d'une injonction, ou d'une interdic-

tion signifiée, ou par un refus d'acquiescement, il ne saurait y avoir de litige, ni par conséquent lieu à juridiction. ». L'opposition des prétentions n'est alors acquise que si l'autorité a pris une décision. D'où la nécessité de la règle de la décision préalable.

Enfin, Bouchené-Lefer insiste sur la nature de cette décision. Elle est un acte d'autorité, et non un acte de juridiction, rejetant ainsi complètement la théorie que le Conseil d'Etat avait admis dans ses premiers arrêts, pour tenter de justifier son exigence.

L'opinion de Bouchené-Lefer fut proposée à nouveau par E. Lafferrière (1). Celui-ci dit : « l'objet du débat contentieux est une décision préalablement prise par un administrateur et que la partie critique comme contraire au droit. Cette décision est en quelque sorte la matière première du débat contentieux ; si elle n'existe pas, il faut que la partie la provoque afin de pouvoir la dénoncer au juge. Cela est d'ailleurs conforme à la notion même du contentieux administratif qui naît d'une opposition entre l'action administrative manifestée par un acte de gestion ou de puissance publique, et le droit d'une partie qui se prétend lésée par cette action. L'expression de « juge ordinaire du contentieux administratif » doit donc être comprise comme si l'on disait « juge ordinaire des décisions administratives qui donnent lieu à réclamation contentieuse ».

On peut remarquer la similitude de conceptions qui est exprimée par le mot opposition, déjà employé par Bouchené-Lefer. Et c'est la conséquence qui en est déduite avec rigueur. Mais Ed. Lafferrière n'a plus à rejeter la théorie de l'appel, la notion de première instance, car lorsqu'il écrit, il y a plus de dix ans que la notion du ministre juge est

---

(1) Ed. Lafferrière, *Juridiction administrative*, T. 1, p. 322 et 462,

écartée (1). Mais son argumentation ne se borne pas là : il essaie de justifier en droit cette exigence. Lorsqu'il affirme à nouveau que l'objet de la décision contentieuse est la décision administrative, il envisage trois hypothèses.

Les trois hypothèses qu'il prévoit sont déterminées par la nature de la contestation. Si la partie considère l'Etat comme un débiteur ou une partie contractante, il n'appartient qu'au ministre de représenter l'Etat, d'engager le Trésor et de reconnaître ou de répudier les obligations prétendues ; alors « en l'absence d'une décision ministérielle il ne peut pas y avoir de litige puisqu'il ne peut pas y avoir d'opposition constatée entre les prétentions de l'Etat et celle des parties ». Si la réclamation est dirigée contre la puissance publique, c'est encore le ministre qui exerce les fonctions réservées au pouvoir central. Enfin il arrive que la décision ministérielle soit exigée par une loi spéciale. Dans tous les cas, Lafferrière trouve une justification juridique de la décision préalable.

Le professeur Bouvier l'a suivi dans cette voie. La création du contentieux se trouve dans l'acte de l'autorité. Non pas que le droit ne lui soit pas antérieur. Mais il ne saurait être prouvé autrement. C'est pour lui une question de preuve. Et dans sa note sous l'arrêt Département de la Mayenne (30 juin 1905, *Pand. fr.* 1906-4-27) il dit en substance : « dans l'espèce actuelle on réclame à un département devant le Conseil d'Etat les frais d'entretien d'un malade dans un hôpital. Mais comment affirmer que le droit du demandeur est violé ? On n'aperçoit même pas l'acte antérieur qui constituerait cette violation, et véritablement encore au moment où le Conseil d'Etat a statué cette violation n'existait pas. »

---

(1) L'arrêt Bougard est du 24 juin 1881. — Les arrêts Beauvais et ville de Cannes, en 1882, ont affirmé la jurisprudence,

C'est toujours la même thèse de l'acte matière première du contentieux.

*Critique de la Théorie.*

Tous les auteurs ont réfuté ces arguments. Il se ramènent facilement à ceux qu'a formulés M. Laferrière (1). Il distingue les recours subjectifs et les recours objectifs. Dans les premiers, la matière contentieuse est la violation d'un droit qui appartient au requérant. Elle existe dès l'instant que l'administration ne fait pas ce que l'existence de ce droit l'oblige à faire.

Et dit-il en substance « Qu'elle nie formellement l'existence d'un droit de créance prétendu, ou que sans le nier, elle s'abstienne de procéder aux opérations de liquidation et de mandatement sans lesquels le créancier ne pourra en obtenir le paiement, le résultat est le même... son attitude bien que purement passive rend ce droit inefficace. De ce fait, la matière contentieuse, l'objet du litige, — la violation d'un droit existe. »

En matière de recours objectif, on pourrait être tenté d'objecter qu'il n'y a pas de violation de la loi aussi longtemps que le fonctionnaire n'aura rien fait. Mais comme le fait remarquer M. R. Alibert (2), les recours pour excès de pouvoir en cas de silence de l'administration sont nombreux. C'est que « l'erreur est de considérer le silence comme pur néant ». Et il y a des silences qui constituent bien une manifestation de volonté qui « ne s'est pas matérialisée »

---

(1) J. Laferrière. *Le recours contre le silence de l'administration*, *Revista de Drept Public* 1930, p. 297.

(2) R. Alibert. *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, p. 94. — V. aussi J. Appleton, *loc. cit.*, n° 301.

mais qui n'en existe pas moins et dont le sens n'est pas douteux.

Le silence a toujours une signification. On exige une décision formelle, mais la matière première du recours existe.

Mais ne faut-il pas aller plus loin avec certains auteurs ? Que le litige naisse de l'opposition des prétentions, pourquoi exiger que cette opposition se réalise dès avant le début de l'instance. Il arrive fréquemment qu'entre particuliers, en cas de délits ou quasi-délits, la victime agisse avant toute réclamation — et on pourrait ajouter que la prudence l'y oblige. D'autre part, le droit administratif lui-même reconnaît que l'opposition des prétentions n'existe pas seulement après le rendu d'une décision préalable puisqu'il n'en est pas besoin devant toutes les juridictions. Il faut enfin observer que lorsque le débat vient au fonds, ce n'est pas le refus de l'administration qui est examiné, mais ce sont bien les faits eux-mêmes ; aussi la remarque de M. Bouvier dans le cas de l'arrêt « Département de la Mayenne » porte-t-elle doublement à faux : d'une part parce que la preuve du droit pouvait être administrée autrement que par une décision, d'autre part parce que la base de la réclamation était une gestion d'affaires, et qu'il n'y a pas lieu de faire naître le droit du gérant au jour où la dette est reconnue ou refusée, ce qui serait absurde.

### III. — THÉORIE DE M. HAURIU.

#### *Exposé de la Théorie.*

Le doyen Hauriou a admis comme les précédents auteurs que le recours administratif était dirigé contre l'acte et non contre l'administration. Mais dès 1897, date à laquelle parut

le tome 14 du répertoire Béquet (1), il montra une tendance originale qui se développa par la suite. Certes il formule l'adage qu'avait déjà posé Lafferrière : les actions et les recours du droit administratif sont en réalité des recours contentieux contre l'acte ; comme il vient d'exposer que la puissance publique réside dans l'être moral de l'Etat, du département ou de la commune, qu'elle est exercée par les autorités administratives qui en sont les représentants, et qu'elle se manifeste dans des actes accomplis par les autorités administratives, ce n'est pas la puissance publique qui est traduite devant le juge, et ce ne sont pas non plus ses agents — sauf dans le cas où on peut leur reprocher une faute personnelle et non une faute de service ; ce ne peut être que l'acte qui est déféré.

« Sans doute, dit-il, la puissance publique est atteinte par le recours contentieux, puisque ces recours peuvent aboutir à l'annulation ou à la réformation, mais combien aussi elle est par là ménagée », et plus loin « l'annulation ou la réformation de l'acte est pour la puissance publique un échec minimum ». Et à ce sujet, il compare à un poste avancé où l'adversaire viendrait attaquer la puissance publique, cette décision préalable, cet acte qu'on pourra attaquer devant le Conseil d'Etat ; il voit dans l'instance un engagement de frontière. Théorie toute psychologique où la puissance publique apparaît comme une personne réelle, qui pourrait avoir une susceptibilité coquette. On croirait qu'il s'agit encore d'un autocrate à qui on ne saurait reprocher un abus, et dont la puissance publique serait une émanation.

A ces arguments, il en ajoute un autre, d'ordre pratique ; l'administration n'hésite pas à déférer ses actes au juge,

---

(1) *Répertoire Béquet*, art. *Droit administratif*, n° 69 et suiv., Tome 14.

et c'est en examinant ces actes que celui-ci aperçoit le plus facilement la règle à poser. Or, « le grand avantage du contentieux de l'acte d'administration est de mettre le juge en présence de ce qui contient en puissance le plus de règles juridiques ». C'est d'autant plus un avantage que le droit administratif est récent et en grande partie prétorien.

D'ailleurs l'auteur reconnaît que le recours contre la personne est plus avantageux que le recours contre l'acte. « Mais, dit-il, le contentieux de l'acte d'administration est une période préparatoire ; la puissance publique se laissera longtemps discuter dans ses actes avant de se laisser intimider en personne ». On en peut conclure que la puissance publique accepte l'instance sur l'acte.

Or un peu plus tard, l'auteur affirma énergiquement cette théorie qui se trouvait implicitement contenue dans cet article du Béquet (1).

Il la base sur une considération d'ordre historique. L'acceptation volontaire de l'instance est un élément constant des procédures depuis celles qui existaient dans la Grèce Homérique ou la Rome royale jusqu'à celles des Francs ou du Droit canonique.

Il remarque que le défaut ne s'est glissé dans le droit coutumier qu'au XIV<sup>e</sup> siècle, et lorsqu'on l'a reçu on a accepté la voie de recours d'opposition qui permet au défendeur, qui veut enfin lier l'instance, de contester la prétention du demandeur. La procédure normale est encore celle du débat contradictoire. Or, en droit administratif, la procédure par défaut n'existe pas ; l'acceptation de l'instance est nécessaire ; elle se réalise par l'acte que constitue la décision préalable. Sans doute, tant qu'on a admis la théorie du ministre juge, on pouvait voir dans cette décision une sen-

---

(1) *Les éléments du Contentieux. Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1905.

tence rendue en première instance, bien que cela fut déjà contesté ; dans ce cas on en faisait un acte juridictionnel. Par la suite, Lafferrière y vit un acte administratif dont le rôle pourrait sembler incompréhensible, puisque la matière du litige lui préexiste. Artur a compris la direction dans laquelle il fallait chercher, mais il est revenu au point de départ. Pour trancher la question, il faut rechercher le rôle de la décision préalable.

En réalité, il s'agit de conclusions. Et c'est si vrai que lorsque l'autorité n'a pas répondu à une demande, et qu'un recours est engagé devant le Conseil d'Etat, les observations que le ministre fera au fonds lorsque le dossier lui sera communiqué suppléeront à l'absence de décision préalable et feront que le débat pourra s'engager, car il y aura eu acceptation tacite de l'instance (arr. 3 février 1899, Beaudin). De plus, comme la décision préalable est exigée là où la procédure du défaut est impossible, il en résulte que l'une supplée l'autre. Précisément il n'y a pas lieu à décision lorsqu'on peut citer l'administration ailleurs que devant le Conseil d'Etat, c'est-à-dire dans les cas d'ancien contentieux, car lorsque ceux-ci surgissent, ils présentent pour un temps le caractère de puissance publique. Le caractère de la décision apparaîtrait donc comme celui d'un acte de procédure.

D'ailleurs la décision préalable peut modifier la demande et l'objet même de la contestation ; si la réclamation que le particulier adresse a pour lui le caractère contentieux et lui paraît un acte de la procédure — et le premier — il en est de même à l'égard de l'administration. C'est une période d'instruction. Peu importe que le Conseil d'Etat en organise une nouvelle : la procédure criminelle présente toujours deux instructions : une devant le juge, une autre devant la Chambre des mises en accusation. Par conséquent, il s'agit bien d'un acte de procédure.

Cette opinion paraît encore bien être celle de M. Hauriou dans la 10<sup>e</sup> édition de son *Précis de Droit administratif*. Mais la théorie du Béquet n'a pas disparu. C'est l'argumentation psychologique qui envisage une administration « imbue de ses prérogatives », « qui n'accepte pas aisément de paraître devant un juge ». Il y a la distinction de l'ancien et du nouveau contentieux. La doctrine est étale.

### *Critique de la Théorie.*

Les arguments que présente Hauriou sont les uns d'ordre historique, les autres d'ordre psychologique. Le fait de l'acceptation volontaire de l'instance se trouve contestable en ce que les circonstances ne sont plus les mêmes dans le contentieux administratif et la procédure des actions de la loi. Certes le débiteur acceptait de comparaître devant le juge, mais souvent ce n'était que contraint : le créancier commençait par faire *Manus injectio* et conduisait le défendeur devant le juge ; au besoin, on pourrait y voir une violence ; mais le consentement donné par violence était pleinement valable, selon l'adage de droit commun : *coactus voluit, sed voluit*. Le débiteur, quoiqu'il en soit, acceptait de lier l'instance ; sinon il y aurait été contraint. Mais en matière administrative, comment contraindre l'administration à lier l'instance si elle oppose la force de l'inertie ?

C'est la question du droit de l'individu qui surgit alors.

D'autre part, la distinction entre ancien et nouveau contentieux n'explique pas pourquoi le législateur n'a pas soumis à la même époque des matières où les contestations contentieuses étaient admises depuis longtemps ; elle se trouve par là même viciée. Et il apparaît même que dans des matières identiques, mais pour des opérations différentes la procédure n'est pas la même : l'entrepreneur de Travaux publics se pourvoit devant le Conseil de Préfecture

et directement lorsqu'il s'agit de se faire payer, mais il agit contre un acte lorsque la discussion s'élève sur un ordre de l'ingénieur de l'Etat. Mais il y a mieux : un même fait peut se trouver de la compétence des tribunaux judiciaires ou des tribunaux administratifs, selon la situation du demandeur. L'affaire Jacquinot du 29 novembre 1884 en est l'exemple typique. Le sieur Jacquinot était adjudicataire de la chasse dans une forêt domaniale ; des tirs militaires apportaient une gêne à l'exercice de son droit, et il n'avait pas la jouissance paisible qu'il était en droit d'exiger de l'Etat ; il put obtenir un jugement devant la juridiction civile malgré le silence du ministre de la guerre ; s'il n'avait pas tenu son droit de l'Etat, mais au contraire s'il avait été propriétaire de la forêt, il aurait été livré à l'arbitraire du ministre (la loi du 17 juillet 1900 n'existait pas encore).

Par là s'évanouissent l'explication et la justification psychologique de M. Hauriou.

Enfin, puisque cette doctrine admet que le Conseil d'Etat juge l'acte, y compris son bien-fondé, il faut aller plus loin encore. C'est bien le fonds, le fait lui-même, qui se trouve soumis à l'examen du juge.

Comme le dit M. Lafferrière, la doctrine de M. Hauriou n'est qu'une constatation, une mise en formule. Elle n'explique rien.

#### IV. — THÉORIE D'ARTUR.

##### *Exposé de la Théorie.*

Cette théorie (1) est essentiellement basée sur l'histoire. L'auteur proclame d'abord l'irrationalité d'un système qui exige ou n'exige pas de décision préalable selon que le

---

(1) Artur. *Séparation des Pouvoirs et des Fonctions*, in *Revue du Droit Public*, 1900, t. 13, p. 436.

demandeur devra se présenter devant le Conseil d'Etat ou devant une autre juridiction. Et il appuie la démonstration par l'exemple du cas paradoxal Jacquinot. Dès lors, il faut rechercher dans l'histoire et dans la nature des choses l'origine et la nature de cette singularité.

Jusqu'au cours du dernier quart du XIX<sup>e</sup> siècle, on a admis en doctrine et en jurisprudence la théorie du ministre juge. Lorsque le Conseil d'Etat, en grande partie sous l'influence de Lafferrière écarta cette doctrine, on admit aussitôt qu'il n'était plus nécessaire de déférer au ministre les décisions des Conseils Municipaux et des Conseils Généraux. Le ministre n'avait pas à en juger. On avait été parfaitement logique. Cependant se maintint l'exigence de la décision préalable à l'encontre des recours dirigés contre l'Etat.

Artur dit alors : « l'idée d'obliger à saisir le ministre avant le Conseil d'Etat vient de ce que l'on a traité le ministre comme un juge de première instance » (1). Et voici l'origine de la décision préalable.

Mais quelle est sa nature. Artur la découvre, ou le croit, en revenant d'ailleurs sur l'opinion qu'il avait formulée un peu avant : il avait soutenu que le ministre n'était pas un juge. Il critique lui-même cette opinion. Il recherche ce que fait le ministre en prenant la décision. Si celle-ci était administrative, elle n'aurait aucune raison d'être, et il faudrait la supprimer. Mais elle a une raison d'être. Si elle a été motivée par une réclamation, elle présente une nature contentieuse ; le ministre dit le droit, il fait acte de juridiction. On en revient donc là d'où on était parti : le ministre est juge administratif de droit commun. Et lorsque la décision

---

(1) *Ducrocq* avait déjà soutenu que le ministre était juge, et il reconnaissait même cette qualité dans certains cas aux Préfets et aux Maires. Mais il signalait lui-même que le Conseil d'Etat ne s'y était pas rallié (*Cours de Droit administratif*, t. 1, p. 399).

a été provoquée par une réclamation, cette décision présente le caractère juridictionnel.

M. Labayle a adhéré à cette théorie, sans pourtant admettre la conséquence dernière : la décision ne lui apparaît pas comme juridictionnelle. Elle ne se justifie pas, elle est une survivance de la théorie du ministre juge, qui se maintient par la force de l'habitude. M. Jacquelin a accepté à son tour cette forme de la théorie.

### *Critique de la théorie.*

L'interprétation historique de M. Artur peut paraître acceptable. Mais il faut alors s'en tenir à l'explication et ne pas chercher une justification juridique. Car si on le faisait, il faudrait reconnaître le caractère juridictionnel de la décision. A supposer qu'on puisse l'admettre à l'égard de la décision ministérielle, ce qui serait d'ailleurs une conception politique contestable, on ne peut pas le faire lorsque la décision émane d'un conseil municipal ou d'un conseil général. Il arrive souvent qu'un de ces conseils statue sur une réclamation, ou mieux à la suite. Et cependant, malgré la meilleure volonté on ne saurait reconnaître à ces organismes le caractère de tribunaux administratifs de première instance.

En outre, on ne voit pas pourquoi le Conseil d'Etat exigerait dès lors un jugement sous forme de décision préalable, pour les matières où la loi lui confère une compétence en première et dernière instance (en matière de liquidation de pensions par exemple). Il l'exige cependant toujours. Par suite ce n'est pas une survivance de la théorie du ministre juge : la décision est indispensable alors même que la compétence du Conseil d'Etat dérive d'un texte formel.

---

V. — THÉORIE DE O. MAYER ET DE M. CARRÉ DE MALBERG.

*Exposé de la Théorie.*

Pour M. Carré de Malberg (1) « la véritable explication de la nécessité de l'intervention préalable du ministre ne devrait-elle pas être recherchée simplement dans cette observation, que depuis l'an VIII le Conseil d'Etat s'est considéré et comporté comme une autorité qui en tant que tribunal, est appelée à juger uniquement des décisions administratives ». D'ailleurs cette conception ne dérive point de l'article 52 de la Constitution de l'an VIII : celle-ci l'a fait juge des contestations qui s'élèvent en matière administrative. Mais elle dériverait de l'idée qu'il s'est faite de son rôle. Il statue à la manière d'une Cour de Cassation : « de même que celle-ci juge des décisions judiciaires, de même le Conseil d'Etat s'est considéré comme le régulateur des actes des autorités qui lui sont subordonnées au point de vue juridictionnel, et comme appelé à ce titre à juger des décisions ». (Et il est de fait qu'aujourd'hui, le Conseil l'Etat se comporte bien à l'égard des actes administratifs comme le fait la Cour de Cassation à l'égard des décisions judiciaires.)

L'auteur continue son parallèle : « le type de la juridiction du Conseil d'Etat, à cet égard est fourni par le recours pour excès de pouvoir, tendant à l'annulation d'un acte administratif vicieux, ou encore par le recours en Cassation, tendant à l'annulation des jugements des tribunaux administratifs. Même quand il fonctionne comme tribunal d'appel le Conseil d'Etat statue, en un certain sens, sur une

---

(1) Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, t. 1, p. 800, note 28.

décision préalable d'un tribunal administratif, décision qu'il confirme ou réforme: Enfin lorsqu'il a eu à statuer comme juge de première instance, il s'est placé pareillement à ce point de vue que sa compétence juridictionnelle ne pouvait naître qu'autant qu'il existait quelque décision administrative susceptible d'être déférée à son examen ». Il y a ainsi nécessité d'une décision préalable, nécessité qui a survécu à la théorie du ministre juge. Et cela explique pourquoi elle n'existe que devant le Conseil d'Etat.

Pour M. Carré de Malberg il n'y a là qu'un accident historique, et on n'est pas éloigné de la théorie de M. Labayle. Sans fondement juridique on ne l'étendra pas devant les autres juridictions ; et non seulement cela, mais elle devra disparaître : la loi du 17 juillet 1900 est entrée dans cette conception (1).

M. J. Lafferrière accepte cette explication, qui n'est pas une justification ainsi qu'il l'affirme lui-même (2).

### *Critique de la Théorie.*

Si on peut admettre sans hésiter avec l'auteur que rien ne la justifiant en droit, on ne saurait étendre l'exigence de la décision préalable devant les juridictions autres que le Conseil d'Etat, et qu'au contraire même là elle devra disparaître, on ne saurait approuver toute son argumentation, qui, comme de coutume, se cantonne dans des vues formelles.

Tout d'abord, il existe des différences fondamentales, entre la façon dont la Cour de Cassation procède lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi et la manière dont le Conseil d'Etat

---

(1) Otto Mayer acceptait déjà cette solution dans son *Droit administratif allemand*, t. 1, p. 245, édit. franç.

(2) J. Lafferrière, *Loc. cit.*

statue sur une requête. La Cour de Cassation examine la façon dont les faits ont été qualifiés par les juges du fonds, et elle examine ensuite si la règle de droit a été bien appliquée aux faits ainsi qualifiés, mais elle n'examine jamais l'affaire au fonds ; elle casse la décision qui lui est soumise, ou rejette le pourvoi qui lui a été déféré, mais sans jamais juger de l'opportunité de la solution ; sa manière de procéder est uniforme que la matière qui lui est soumise soit d'ordre civil, commercial, criminel ou ouvrier, et quelle que soit la juridiction qui était légalement compétente en dernier ressort ; la violation de la loi constitue le cas de cassation le plus fréquent devant la Cour de Cassation.

Devant le Conseil d'Etat, la façon de procéder varie essentiellement selon la nature de la question dont il est saisi. Le recours pour excès de pouvoir le saisit *de plano* contre un acte administratif qui n'a encore été discuté devant personne ; tantôt il rejette la requête et tantôt il annule, mais dans ce cas il ne renvoie devant personne, et l'autorité dont la décision a été annulée prendra la décision qui lui plaira, à ses risques et périls, et sans être même obligée d'en prendre une ; les cas d'annulation sont admis d'une manière très large, le Conseil d'Etat examinant parfois jusqu'aux conditions d'opportunité si l'intérêt des administrés l'exige. Le recours en cassation, qui devrait le plus se rapprocher de la procédure judiciaire, n'existe que dans peu de cas ; la violation de la loi ne constitue qu'exceptionnellement un moyen de cassation, mais il faut pour cela un texte formel — qui existe à vrai dire dans la plupart des cas (contre les arrêts de la Cour des Comptes, les décisions des Conseils de revision, de la Commission Supérieure des bénéfices de guerre, et les arrêts des Cours Régionales de pensions). Le Conseil d'Etat statue souvent comme juge d'appel : dans tous les cas de compétence des Conseils de Préfecture, il peut con-

naître non seulement de l'arrêté qui lui est déféré, mais encore de la contestation au fonds ; dans ce cas, il n'est pas lié par les constatations des premiers juges. Le Conseil d'Etat a encore souvent à interpréter des actes qui n'émanent pas de lui, et cela au contentieux. Enfin, il est juge de doit commun en matière administrative, et par là appelé à connaître au fonds d'une foule de litiges et à instruire de nombreuses causes. Sa façon de procéder ne présente pas d'unité en cours d'instance : il n'y a aucune raison pour qu'elle en présente au début.

Le rapprochement du rôle de la Cour de Cassation et de celui du Conseil d'Etat ne saurait être que superficiel. Les juristes du Conseil d'Etat n'ont certainement pas pu s'y laisser tromper. Du fait qu'ils se reconnaissaient des pouvoirs souvent plus étendus, parfois plus restreints que ceux de la Cour de Cassation, qu'ils s'assujettissaient à des règles différentes, ils ne pouvaient envisager que leur rôle était le même ou de même nature. L'essence de la compétence des deux corps est différente. Mais ce n'est pas tout.

La Constitution de l'an VIII fait du Conseil d'Etat le juge ordinaire en matière administrative. Il ne se voit attribuer des pouvoirs de cassation qu'en 1807 lors de l'organisation de la Cour des Comptes. Les diverses compétences du Conseil d'Etat sont sensiblement contemporaines les unes des autres ; on ne voit pas pourquoi le recours en cassation, apparu le second, aurait eu plus d'influence sur les conceptions du Conseil d'Etat. D'autre part le Conseil d'Etat s'est considéré jusqu'à la Révolution de 1830 plutôt comme le supérieur hiérarchique des administrations que comme leur juge ; le recours pour excès de pouvoir n'a paru contentieux que postérieurement à cette date ; la décision préalable était alors déjà une formalité dont la nécessité semblait absolue ; le recours pour excès de pouvoir n'est devenu le « recours type » qu'à une date relativement récente, et

son développement est bien postérieur à la décision préalable. L'influence qu'il aurait pu avoir sur son existence n'apparaît pas et n'est pas nécessaire.

Enfin, il semble peu probable que l'exemple d'un corps judiciaire, strictement cantonné dans son rôle de gardien de la légalité ait pu avoir une telle influence sur une assemblée qui était, plus que juridiction, conseil de gouvernement, avec des tendances politiques obligées. C'est plutôt dans cette direction qu'il faut rechercher l'origine de la décision préalable.

## VI. — ESSAI D'UNE THÉORIE DE LA DÉCISION PRÉALABLE.

Pour déterminer la nature de la décision préalable, il faut songer aux conditions dans lesquelles cette dernière s'est imposée. Ces conditions sont essentiellement de nature politique. Elles concernent la forme du gouvernement, à la naissance de cette exigence. L'administration était celle d'un régime autoritaire, elle était centralisée à outrance ; les fonctions s'y trouvaient confondues. Ces faits ont impressionné la décision ; elle présente certains caractères qu'il faut envisager par rapport au critérium de l'acte administratif. D'où sa nature. Nous savons qu'on rencontre son exigence dès la première jurisprudence du Conseil d'Etat.

### *Le Caractère transcendantal de l'administration.*

On lit dans Hauriou (*Précis de droit administratif*). « L'administration du Premier Empire, de la Restauration, de la Monarchie de Juillet, et même encore celle du Second Empire s'estimait trop au-dessus de l'administré pour admettre qu'elle put être obligée de lier l'instance avec lui, et surtout qu'elle put être condamnée par défaut envers

lui ». Cette opinion de l'administration, aux yeux des hommes qui la composaient, était tout à fait conforme à celle qu'on se faisait du gouvernement. Le principe n'en a pas été le même durant toute cette période : pendant la durée du Premier Empire, de la Monarchie de Juillet, du Second Empire, les publicistes officiels sont partis de l'idée de souveraineté nationale ; pendant la Restauration, la monarchie a présenté un caractère de droit divin.

Le préambule de la Charte (1) marque clairement cette conception. Le roi, sa dynastie se trouvent à la tête du pays par une manifestation et comme un effet de la volonté divine. S'il partage la compétence législative avec les Chambres, c'est parce qu'il est généreux et qu'il le veut bien ; il ne reconnaît nullement la volonté de la nation, encore moins sa souveraineté. Mais il dirige seul le gouvernement, l'administration ; il en est le seul chef ; cette activité est son attribut indispensable. La fonction essentielle d'un monarque de droit divin est, par sa nature, elle-même de caractère divin. Par-là même elle se place au-dessus du commun des hommes. Le Régime de la Restauration constitue un retour, modéré, à l'état de choses de l'Ancien Régime ; il se modalise selon les nécessités provoquées par la Révolution, mais il n'a qu'une durée limitée.

Les trois autres régimes qui nous occupent sont basés sur l'idée de souveraineté nationale. Tantôt le chef de l'Etat s'est fait plébisciter ; tantôt il a été porté au pouvoir à l'occasion d'un mouvement populaire qu'on a su habilement exploiter. Dans tous les cas, il est investi de l'exercice de cette souveraineté. Le roi ou l'empereur des Français incarne la Nation ; sa volonté est celle de la Nation. Il représente une entité,

---

(1) Le caractère divin de la Monarchie est énoncé par le début du préambule de la Charte : « La Divine Providence, en nous rappelant dans nos Etats après une longue absence, nous a imposé de grandes obligations. » In Duguît et Monnier.

abstraite et, parce qu'intangible, bien supérieure à l'individu. Lorsque de 1789 à 1792 la puissance publique avait échappé à la personne du roi, pour qui elle constituait un droit, on n'avait pu détruire cet aspect subjectif qu'elle revêtait depuis des siècles ; elle était passée sur la tête de la Nation en conservant ce même aspect subjectif. Sans doute on avait le plus grand respect pour l'individu et pour les droits de l'homme, en apparence tout au moins ; cependant, inconsciemment, on laissait la prééminence à autre chose ; cette autre chose, au-dessus de l'individu, s'incarnait dans le prince, qu'il fût roi ou empereur ; le gouvernement et toutes ses émanations y participaient.

L'ordonnancement du Code Pénal place au début du titre troisième, les crimes et délits contre la chose publique ; ceux contre les particuliers ne viennent qu'ensuite. Or, parmi les délits contre la chose publique et sous la qualification générale de crimes et délits contre l'Etat figurent les « attentats et complots dirigés contre l'Empereur et sa famille ». Le chef du gouvernement n'est pas sur le même plan que les citoyens. De ce que, sous ces régimes, le Chef de l'Etat a un caractère supérieur, il résulte logiquement que les particuliers ne peuvent pas le saisir directement ; ils ne sont pas sur le même plan ; il faut un intermédiaire. Celui-ci ne peut être que le représentant humain de l'administration, le chef de celle-ci, c'est-à-dire pour l'Etat, le ministre. Ses actes participent du caractère supérieur de sa fonction et c'est ce qui permet de les déférer au Chef du gouvernement. Celui-ci a seul qualité pour les examiner ; s'il recourt aux offices du Conseil, il n'en demeure pas moins que lui seul statue. Le Conseil d'Etat n'a qu'un rôle accessoire. Le prince conserve la justice retenue. L'administration est soumise à des règles juridiques, parce qu'on trouve soit l'influence théologique, soit l'influence rationaliste de la conception du

droit ; le contrôle est possible ; néanmoins la présomption règne que l'administration agit conformément au droit, et cela tient à ce qu'elle participe du caractère supra-humain.

Puisque l'une des causes de la décision préalable, et c'est la cause fondamentale, réside dans le caractère transcendantal de l'administration, on doit retrouver son exigence partout où ce caractère se retrouve. Néanmoins, ce qui se passe, dans nombre de pays étrangers n'a qu'une faible valeur au point de vue de cette étude parce que ces pays ont copié plus ou moins intégralement le système français. Les recherches sont ainsi localisées à quelques états dont les conceptions sont bien individualisées.

En Angleterre, le problème est complexe. L'étude des recours contre l'administration permet de distinguer des règles divergentes quant à la possibilité même de ces recours, en ce qui touche la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Pour cette dernière, partant du principe « *The King can do no wrong* », il faut admettre que seul le fonctionnaire coupable peut faire l'objet de poursuites (1) ; le recours n'est, par suite, pas dirigé contre l'administration, mais contre le fonctionnaire qui sera seul défendeur à la demande (même s'il ne supporte pas finalement le paiement de la condamnation) ; la couronne bénéficie d'une véritable sublimation, qui la met juridiquement hors des poursuites, et au-dessus ; le fonctionnaire ne participe pas de cette immunité : en causant un préjudice, il n'a pas pu représenter le souverain ; comme il est cependant l'auteur du fait dommageable, il devra en supporter les conséquences. Le problème change lorsque la responsa-

---

(1) Robinson. — *Public Authorities and Legal Liability*, p. 6. « the Crown is not therefore liable to be sued in tort, and this immunity protects the Crown from liability for acts done by the servants of the Crown ; for, if the King is not liable for a personal negligence, he cannot be brought under the ordinary rule by which a principle is liable for the acts of his agents »...

bilité est d'origine contractuelle (1) ; la partie lésée a un recours contre la couronne ; mais elle doit préalablement suivre une procédure dite de « Petition of Right » (2) ; celle-ci est minutieusement réglée par l'Act du 3 juillet 1860 (3) ; le pétitionnaire adresse sa requête au ministre de l'intérieur ; le but est d'obtenir une autorisation de plaider contre la Couronne ; cette autorisation, le « fiat » doit émaner du souverain lui-même ; la cause, qui est du ressort judiciaire toujours, ne peut être introduite sans un acte du Chef de l'Etat ; le Souverain n'est soumis au Droit qui régit ses sujets que s'il y consent ; il ne semble pas que juridiquement, il soit tenu d'accorder son « fiat », mais « pratiquement, il ne le refuse jamais, lorsque la demande se présente sous des apparences sérieuses » (4) ; c'est au moins un usage constitutionnel (5) ; dans ces conditions, le problème du silence ne se pose pas ; le souverain est dans une situation privilégiée : il n'y renonce que par une décision formelle ; mais celle-ci consommée, il se trouve dans une situation ordinaire de plaideur, et il doit conclure dans un délai maximum de vingt-huit jours, à peine de forclusion. Si la procédure de petition of right est devenue une simple formalité, elle n'en demeure pas moins obligatoire, et témoigne du caractère plus transcendental que partout ailleurs du Pouvoir en Angleterre.

En Allemagne, jusqu'à la Constitution de Weimar, le concept de la souveraineté du peuple était complètement

---

(1) J. H. Morgan. Introduction à : Robinson (précité) et surtout pages VII, XVI, suiv.

(2) Constantinoff. *Les recours contre l'administration dans la législation et la jurisprudence anglaises*, p. 48.

(3) *Ibid.* (texte de l'Act.)

(4) *Ibid.* p. 61 et la note, particulièrement en ce qui concerne l'opinion du magistrat Lord Langdale. — Maitland : *The Constitutional History of England*, p. 482. « We may regard it as a constitutional usage, but certainly not as a rule of law, that the Queen ought not to withhold her fiat... »

(5) Maitland (*id.*)

repoussé. L'Etat, selon la formule d'Otto Mayer (1) était « un peuple organisé pour la poursuite de ses intérêts sous une puissance souveraine ». De cette définition, il résulte suffisamment que le pouvoir est extérieur à l'individu et s'impose à lui. D'ailleurs, n'est-ce point la conception hégélienne de l'Etat que le pouvoir impérial s'est efforcé de réaliser (2) ? Or, cette conception ne laisse aucune place à la souveraineté du peuple ; l'Assemblée qui se trouve placée auprès du prince a une compétence indispensable pour la formation de certaines lois et notamment de celles qui concernent la propriété et la liberté individuelles ; mais son but n'est que la réalisation d'un faisceau de toutes les énergies nationales. L'Etat se trouve en quelque sorte divinisé. L'individu n'est pas à la base de ce système politico-philosophique, au contraire : l'individu n'existe que dans et par la nation. Donc le droit émane de l'Etat, et le Chef de l'Etat n'apparaît pas comme une autorité subordonnée ; l'administration, la puissance publique est un de ses attributs. Dès lors, comment imaginer qu'un organisme de l'Etat puisse être appelé en justice, ou soit même tout simplement obligé de répondre à une réclamation ? Ce n'est possible que lorsqu'il a lui-même limité sa souveraineté par une disposition formelle. Cela arrive assez fréquemment. Il en est de même pour les recours de type juridictionnel : c'en est la conséquence normale ; le magistrat ne peut dire le droit que s'il existe, et celui-ci n'existe que lorsque l'Etat l'a reconnu, c'est-à-dire lorsque le fonctionnaire a le devoir juridique de répondre. Ces données se retrouvent encore aujourd'hui.

Certes, la Constitution du 14 août 1919 a changé les

---

(1) Otto Mayer. — *Droit administratif allemand*, t. 1.

(2) Vermeil. — *La Pensée politique de Hegel in Revue de Métaphysique et de Morale*, décembre 1931,

principes politiques du gouvernement : elle consacre même la souveraineté du peuple par l'institution du referendum ; mais l'administration y survit, comme dans tous les Etats et en particulier, comme en France où les nombreuses révolutions successives n'ont pas apporté d'atteinte profonde aux formes administratives sorties du premier régime républicain.

Enfin, en Suisse, l'idée de la Souveraineté du peuple est admise sans doute à un degré plus poussé que partout ailleurs. Néanmoins, la Nation apparaît comme supérieure à l'individu. La Constitution fédérale prend en considération d'abord les collectivités des Cantons qu'elle qualifie de souveraines. Les peuples apparaissent comme des entités principales. Le préambule et les trois premiers articles ne concernent que la Nation suisse et les corporations qui sont les éléments de la fédération ; il en est de même des articles numérotés de 5 à 17 (1). L'article 4 proclame l'égalité des citoyens. L'esprit de la Constitution apparaît assez : il fait passer la Nation Suisse avant l'individu ; il faut même placer au deuxième rang les cantons. Son but : maintenir et accroître l'unité, la force et l'honneur de la Nation suisse selon les termes mêmes du préambule. L'Etat Fédéral, nettement supérieur à l'individu, ne le néglige cependant pas. Dans la pratique on en tient grand compte, et l'Etat Fédéral oblige les cantons à faire de même (2) ; on rencontre même une sanction : on peut déférer les décisions des autorités cantonales supérieures à la justice fédérale, et si ces autorités ne rendent pas de décisions comme suite à une réclamation, le Tribunal fédéral leur enjoint

---

(1) Dareste, Delpech et Lafferrière. — *Les Constitutions Modernes*, t. 2. Suisse.

(2) Julien Lafferrière. *Modes de solution du Contentieux administratif dans les Cantons Suisses*, in *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 437 et suiv. — *Id. loc. cit.* (en appendice).

de le faire, et, si elles ne s'y conforment, conclut au rejet de la demande. A l'intérieur de chaque canton existe une législation particulière ; comme dans la Fédération, l'autorité cantonale se manifeste comme supérieure à l'individu ; sa décision est parfois imposée — comme en Allemagne en cas de recours formel — et il existe parfois des sanctions. En ce qui concerne les autorités fédérales, on peut déférer leur décision à la Cour Administrative fédérale ; le cas de silence n'a pas été prévu, mais l'existence de la décision préalable se trouve consacrée.

Il apparaît ainsi que chaque fois que l'individu ne joue pas le premier rôle politique, on exige une décision préalable à tout pourvoi en justice.

### *La confusion des fonctions.*

Du fait que dans tous les cas, y compris ceux à allure contentieuse, on exige une réclamation à l'administration, on est amené à se demander si les agents de l'administration n'exercent pas une fonction juridictionnelle. On y est amené d'autant plus facilement qu'il est avéré que le fait s'est présenté.

En France, lorsque la Révolution eut adopté le principe de la séparation des pouvoirs comme une règle intangible, on le poussa à l'extrême.

De même que l'exécutif se vit refuser la compétence réglementaire, de même le pouvoir judiciaire se vit interdire tout contrôle de l'activité administrative. Sous cet angle, ce fut l'œuvre du décret de la Constituante du 16-24 août 1790 (titre II, art. 13), puis de la Constitution du 3 septembre 1791 (titre III, chapitre 5, art. 17) enfin du décret de la Convention en date du 16 fructidor an III. Comme il fallait cependant donner un juge aux litiges qui ne manqueraient pas de s'élever entre les particuliers et l'adminis-

tration, la loi du 16 septembre 1790 attribua compétence à l'administration elle-même.

Jusqu'à la loi des 27 avril, 25 mai 1791, le Conseil du Roi fut l'instance suprême en matière administrative ; cette loi lui substitue le « Conseil d'Etat » composé des ministres et présidé par le roi ; cet organisme disparut avec la royauté, et les ministres en corps substituèrent provisoirement. Ce furent les représentants de la Convention en province qui en recueillirent la fonction.

La Constitution de l'An III modifia dans la forme cette situation. La juridiction administrative supérieure fut dévolue à l'organisation administrative supérieure, au Directoire Exécutif. Quant à la juridiction inférieure, parallèlement, les directoires de district l'exerçaient en première instance, les directoires du département en appel. On comptait d'ailleurs à juste titre sur le mode de recrutement qui conditionnait l'existence de ces organismes ; ils étaient d'origine élective, et qui plus est, sous les mêmes conditions que les tribunaux de l'ordre judiciaire. La confusion des fonctions était absolue : les mêmes corps administraient et jugeaient les différends que soulevait le fonctionnement de l'administration ; mais il y avait la garantie du système électoral.

La Constitution de l'an VIII vint modifier le régime de l'an III. La connaissance des affaires contentieuses, d'une façon générale, passait au Conseil d'Etat. Mais le Conseil d'Etat ne possédait pas la justice déléguée. En même temps que juridiction, il était organe de gouvernement, et recevait même des attributions d'ordre législatif. Le principe de la séparation des pouvoirs fléchissait, à plus forte raison ne pouvait s'affirmer la séparation des fonctions. Que ce fut réglementairement ou juridictionnellement, toutes les décisions qui en émanaient étaient censées émaner du chef de l'Etat. Ce qui se maintint, sauf une courte interruption lors de la II<sup>e</sup> République, jusqu'à la fin du Second Empire et

à la loi de 1872 sur le Conseil d'Etat. C'était le chef suprême de l'exécutif qui décidait ; et nous savons qu'il n'était saisi que si l'administration avait rendu une décision : on ne pouvait pas saisir directement .

Puisqu'on qualifiait ses arrêts en Conseil d'Etat de décisions juridictionnelles et qu'il statuait sur une décision à caractère contentieux, il n'y avait qu'un pas à faire pour considérer cette décision préalable elle-même comme juridictionnelle. Ce qui fut fait : c'était conforme à la tradition historique et à la conception courante en matière de justice.

D'ailleurs pendant toute cette période, sauf sous la Monarchie de Juillet, le roi disposait en principe de ses ministres, qui n'étaient pas ceux du parlement ; le contrôle ne pouvait guère venir que du pouvoir central ; pendant le règne de Louis-Philippe, celui-ci sut fort bien écarter le contrôle qui venait de l'extérieur par l'application du système de la corruption à outrance, ne laissant s'exercer que sa propre censure. Le roi avait la haute main sur les ministres. Il l'avait aussi sur les membres du Conseil d'Etat : ne suffisait-il pas d'une simple omission sur la liste annuelle pour les révoquer ; les ministres se trouvaient ainsi présenter autant de garanties d'impartialité que les conseillers — bien peu. La confusion des fonctions se trouvait maintenue au plus haut point.

Le système de la confusion s'est poursuivi sous la III<sup>e</sup> République, mais à un moindre degré. Le Conseil jouit de la justice déléguée. La spécialisation du personnel qui s'était amorcée dès le règne de Louis-Philippe, s'est continuée sous le second Empire et sous le régime actuel. La réglementation du recrutement permet la constitution d'un personnel d'élite, en partie en dehors du mouvement de l'administration active.

Le premier effet de ces améliorations fut le rejet de la

théorie du ministre juge et l'admission des recours *omnisso medio* que le Conseil d'Etat avait préparés dès l'Empire libéral, par la rédaction qu'il avait donnée au décret du 2 novembre. C'est par suite de cette confusion que s'introduisit le doute sur la nature de la décision préalable, doute qui a persisté longtemps puisque la théorie d'Artur l'admettait encore.

On admettait parfaitement qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif put être juge, et on l'admet encore, même en dehors de la fonction administrative : les tribunaux militaires et maritimes, qui ne sont reliés à l'ordre judiciaire que par leur président, les juridictions prévôtales, qui ne comprennent que des fonctionnaires, les prud'hommes pêcheurs de la Méditerranée qui ont des fonctions juridictionnelles et des fonctions administratives. A l'inverse, on voit des magistrats de l'ordre judiciaire entrer dans la composition des conseils de contentieux coloniaux. Ainsi donc, la confusion des fonctions d'une part, et la confusion des pouvoirs des différents ordres, d'autre part, peuvent légitimement faire naître des doutes sur la catégorie juridique à laquelle appartient la décision préalable.

A l'étranger, le système se présente différemment. Nulle part les pouvoirs du juge judiciaire n'ont été aussi restreints qu'en France, Aux Etats-Unis, ne s'imposent-ils pas au législateur lui-même ? En Angleterre, ils procèdent par voie d'injonction aux fonctionnaires.

En Allemagne (1), la conception généralement formelle du droit n'a pas permis aussi facilement qu'en France la confusion de la fonction juridictionnelle et de la fonction administrative. Le requérant n'apparaît pas sous le même aspect lorsqu'il engage un recours administratif que lorsqu'il engage une instance devant les tribunaux. Certes le

---

(1) Otto Mayer, *loc. cit.* ; Laband, *Droit public de l'Empire allemand*, particulièrement t. 2, p. 50 et suiv., et aussi Montesquieu, *l'Esprit des lois*, L. 9, Ch. 6.

droit de partie à l'instance dont Otto Mayer se sert pour caractériser le recours juridictionnel se rapproche singulièrement du droit à solution dans le recours formel, toutefois, il se dégage des différences essentielles telles que la possibilité, pour l'administrateur, de prendre une décision complètement nouvelle, et l'impossibilité pour le juge de statuer *ultra petita*, ou telles que l'autorité de la chose jugée, ou encore le caractère définitif de la décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, alors que, en matière de recours formel, le droit de rapporter la mesure ne disparaît pas pour l'administration.

Néanmoins, si l'existence des deux sortes de recours entraînait la confusion des fonctions, on n'en estimait pas moins d'une façon générale que le concept de la séparation des pouvoirs, tels que Montesquieu l'avait conçu, ne trouvait pas d'application en Allemagne ; et ceux qui admettaient cette règle, que ne sanctionnait pas le droit positif, ne séparaient pas le pouvoir d'administrer de celui de juger, pouvoirs qui tendent l'un et l'autre à assurer une exécution de la loi ; mais cette opinion était et est encore professée en France car les données sont foncièrement opposées. D'ailleurs, certains auteurs rattachaient plutôt l'exercice de la juridiction à la législation et opposaient ces deux activités à l'administration. Enfin, il faut noter que l'organisation allemande de la juridiction administrative ne déférait pas à celle-ci la connaissance de toute question administrative, et que de nombreuses restaient sans juges. Il en résultait que la confusion était beaucoup plus difficile et que l'on n'était pas tenté de qualifier de juridictionnelle une décision purement administrative.

En Suisse (1), le problème se montre sous un jour particulier. La séparation des pouvoirs existe, mais s'ils ne se

---

(1) J. Laferrière, *loc. cit.*

confondent pas dans les mêmes mains, ils sont fortement hiérarchisés, de telle sorte qu'on trouve sur le plan juridique la conception politique : le législatif à la haute main. et cela non pas seulement dans la fédération, mais encore dans les cantons. En outre, les décisions de l'administration sont sujettes à recours. La connaissance des litiges qui s'élèvent avec l'administration fédérale se trouve dévolue à la Cour Fédérale de Justice Administrative en application de la votation populaire du 29 octobre 1924, et des données qu'elle a imposées. Le Tribunal Fédéral connaît des affaires contentieuses qui se débattaient entre particuliers et autorités cantonales supérieures. Dans les Cantons du Valais, de Bâle-Ville et de Berne, il existe des juridictions administratives compétentes pour les questions relatives à l'administration cantonale ; elles participent des caractères de la juridiction judiciaire. Dans tous les cas on ne saurait avoir de doute sur la distinction à établir entre les actes juridictionnels et les actes administratifs ; toute confusion est impossible. Mais il n'en est plus de même là où on ne peut jouir d'un critérium aussi simple que le critérium formel. C'est le cas dans la plupart des Cantons. Comme en Allemagne, il existe souvent un recours formel ; mais la décision qui en résulte est-elle, comme en Allemagne, une décision administrative ? De droit strict et enserré dans des formes de procédure rigide, il apparaîtrait ici et là avec les mêmes caractères. Mais on se trouve en présence de difficultés dans deux Cantons : à Lucerne et à Berne. A Lucerne la décision de rejet d'une réclamation doit être motivée ; elle a une force beaucoup plus grande puisqu'elle fait une constatation des faits avec compétence pour la faire ; la forme est sensiblement celle d'une décision juridictionnelle, seulement cette constatation ne liera pas l'administration pour rapporter la mesure de sa propre initiative, plus tard, si c'est utile ; la décision n'a un effet défi-

nitif et entier qu'à l'égard du requérant, non à l'égard de l'administration elle-même. A Berne, le fonctionnaire compétent saisi d'une réclamation doit y répondre sous menace de sanction pénale ; il y a un véritable déni, et nulle part ailleurs on ne retrouve cette sanction qu'en matière juridictionnelle ; ici, le critérium formel est toutefois insuffisant. L'attribution du caractère juridictionnel à la décision administrative, n'est pas aisée, et elle devient impossible si on songe que la décision de l'administration peut toujours être déférée au corps législatif.

Il faut voir si, en France, un dernier facteur n'a pas conduit à faire cette confusion, qui apparaît comme singulièrement difficile à l'étranger.

#### *La Centralisation administrative.*

La décision administrative qu'exige aujourd'hui le Conseil d'Etat pour se saisir d'une affaire, peut émaner de n'importe quelle autorité administrative compétente pour la rendre. Ce peut être une décision municipale ou départementale aussi bien qu'une décision ministérielle ; mais il n'en fut pas toujours de même. Jusqu'à la décade 1880-1890, on avait exigé une décision ministérielle ; cette exigence disparut avec l'arrêt Bougard de 1881 (*Rec.*, p. 649). C'était même l'exigence de cette décision ministérielle qui avait motivé la promotion du ministre au rang de juge. La cause peut s'en discerner facilement.

Elle a été mise en évidence dans les conclusions que prit le Commissaire du Gouvernement Jagerschmidt, lors de l'affaire Cadot (arrêt du 13 déc. 1889, *Rec. p.* 1148) (1).

---

(1) Dans cette affaire, il s'agissait d'un ingénieur des Ponts-et-Chaussées, le sieur Cadot, qu'on avait nommé à la fonction d'ingénieur de la voirie et des eaux en 1875, à Marseille. Sous prétexte de réorganiser le service, le Conseil Municipal de Marseille supprima son poste en 1877. L'intéressé se pourvut devant les tribunaux judiciaires ; comme ceux-ci étaient incompétents, il porta son recours

On avait exigé jadis une décision du ministre parce que celui-ci était le chef hiérarchique de toutes les autorités locales. La compétence ministérielle était une conséquence de la centralisation.

La base de l'organisation municipale (1) en France se trouve dans la loi du 28 pluviose, an VIII.

Mais ce qui est grave, c'est que aucun des membres du Conseil, ni à plus forte raison le maire, n'est élu : ils tiennent tous leur fonction du pouvoir central, ou de son repré-

---

devant le Conseil d'Etat. C'est à ce propos que M. Jagerschmidt prit les conclusions dont nous extrayons le passage suivant : « Pourtant nous ne croyons pas qu'il appartienne au ministre de statuer sur une contestation de cette nature. L'affaire qui vous est soumise est l'une de celles où la compétence ministérielle se justifie le moins facilement. En effet, il s'agit d'une action en responsabilité dirigée contre une commune à raison d'une révocation injustifiée prononcée par un maire contre un agent communal. Or, il n'est pas douteux, suivant nous, que lorsque le maire agit dans la sphère des intérêts purement locaux, des intérêts pécuniaires de la commune, il ne peut être considéré comme le subordonné du ministre. Nous ne comprenons pas que le ministre en pareil cas substituât sa décision à celle de l'autorité municipale et condamnât la commune à payer une indemnité à l'agent révoqué, ni qu'une pareille décision pût être prise après une instruction faite dans les bureaux d'un ministère, sans publicité, sans débat contradictoire et en dehors de toutes les formes judiciaires. Nous ne voyons pas non plus de quelle façon le Ministre ferait exécuter sa décision ; faudrait-il qu'il enjoignît au préfet d'inscrire d'office le montant de la condamnation au budget de la commune ? Toutes ces difficultés, toutes ces contradictions nous conduisent à renoncer à suivre l'opinion d'après laquelle le ministre aurait eu en cette matière, aucun juge n'étant désigné par la loi, les pouvoirs d'un juge ordinaire des réclamations contre les actes des diverses autorités administratives. Cette opinion, longtemps consignée par les auteurs les plus autorisés, ne repose sur aucun texte... Ces principes sont loin d'être immuables et ils ont subi plus d'une atteinte par l'effet des lois de décentralisation, qui ont complètement modifié les rapports entre l'administration centrale et les autorités locales, en multipliant les cas où celles-ci jouissent d'un pouvoir de décision propre. Il est évident que les décisions prises par les autorités administratives électorales ne relèvent pas des ministres comme supérieurs hiérarchiques. A quel titre déférer au ministre avant de les déférer au Conseil d'Etat, les délibérations exécutoires des Conseils généraux ou municipaux, rendues sur des questions d'administration départementale ou municipale que la loi a décentralisées ? Le ministre n'étant pas un supérieur hiérarchique de ces autorités, n'ayant sur elles qu'un pouvoir de surveillance et non un droit de commandement, ne pourrait pas substituer ses décisions aux leurs. L'absence d'autorité hiérarchique a pour conséquence nécessaire la suppression de la prétendue juridiction ministérielle.

(1) Berthelemy. *Droit Administratif* m. 185, 10<sup>e</sup> éd. ; Hauriou, *Précis de dr. administratif*, p. 249, 10<sup>e</sup> éd.

sentant dans les villes de moins de 5.000 habitants. Un commencement de centralisation ne fut adopté et accordé que sous la Monarchie de Juillet, par loi du 31 mars 1831. Outre que les attributions du Conseil augmentaient, son origine changeait complètement et devenait élective dans les conditions du droit commun d'alors, c'est-à-dire au régime censitaire ; la II<sup>e</sup> République appliqua en la matière le suffrage universel : le Gouvernement nommait la municipalité au sein du Conseil élu. Sous le second Empire, la loi du 7 juillet 1852 autorisa le Gouvernement à prendre la municipalité en dehors du Conseil élu, et aussi à dissoudre ce conseil pour le remplacer par une commission municipale. L'élection des maires par les Conseils ne fut acquise qu'en 1882 ; le régime définitif émane de la charte de l'organisation municipale, la loi du 5 avril 1884, qu'ont complétée diverses réformes démocratiques.

Ce n'est juridiquement qu'à partir de 1882 que les Conseils municipaux ne relèvent plus du pouvoir central, qu'ils ont une véritable autonomie et qu'ils se sont débarrassés des entraves d'une immixtion continue ; ils ne sont plus des subalternes. Politiquement la réforme paraissait nécessaire depuis qu'un gouvernement réellement républicain était au pouvoir ; jusqu'au 30 janvier 1879, le gouvernement sous l'impulsion du président Mac-Mahon tenait bien trop aux prérogatives gouvernementales. Mais la démission du Maréchal et l'élection de Jules Grévy à la présidence, mirent en harmonie les divers pouvoirs de l'Etat. Les premières mesures de décentralisation locales ne s'étaient plus fait attendre.

La base de l'organisation départementale (1) se trouva, comme en matière municipale, dans la loi du 28 Pluviose an VIII. Le préfet est l'organe tout puissant ; le Conseil

---

(1) H. Berthelemy, *id.*, p. 155 ; Hauriou, *id.*, p. 219.

général n'a que des ombres d'attributions et il ne peut pas être dangereux pour le Gouvernement : les membres sont nommés par le pouvoir central. La Monarchie de Juillet, par la loi du 22 juin 1833, rend les Conseils généraux électifs au suffrage censitaire. Les pouvoirs demeurent restreints. Ils s'étendent sous le Second Empire, mais les décisions ne sont définitives qu'après leur homologation effective et matérielle par le Gouvernement. La loi du 10 août 1871 modifie complètement cet état de choses, et l'ancien droit commun devient exceptionnel ; mais cette loi crée la commission départementale qui contrôle le préfet en tant qu'agent d'exécution départemental. On avait été plus vite en matière de décentralisation départementale que communale ; mais aussi on avait été moins loin.

Aussi ne faut-il pas s'étonner que dès les arrêts Bougard, Beauvais et Ville de Cannes, le Conseil d'Etat reçut les recours *omnisso medio*, sans que le ministre fut appelé à statuer. On se trouvait en matière départementale ; il s'agissait de matières décentralisées. La solution était juridiquement fondée.

Politiquement, elle était exacte, et elle correspondait bien à la pensée démocratique de l'époque. Ces arrêts rendus à la veille des lois qui allaient émanciper les communes devaient faire obligatoirement jurisprudence lorsque cette émancipation serait effectuée. Le dénouement de l'affaire Cadot l'a bien montré. L'attitude qui prit le Conseil d'Etat était bien conforme à la conscience générale.

La résultante logique était bien que la décision préalable n'était pas de nature juridictionnelle, au sens de cette conscience collective (1).

---

(1) Le Conseil d'Etat, depuis longtemps, ne voulait pas sanctionner d'autre opinion. En outre de Bouchené Lefer (*loc. cit.*) qui avait été membre de cette haute juridiction, nous avons le témoignage de Aucoc : « Le Conseil d'Etat qui a rédigé le décret (du 2 novembre 1864) a eu soin de ne pas qualifier de jugements les actes auxquels

*Nature et signification juridique de la décision préalable.*

Les considérations d'ordre historique ou de droit comparé font apparaître la décision préalable comme un acte administratif. Ce ne sont que deux accidents : celui de la centralisation, et celui de la confusion des fonctions qui auraient permis d'y voir un acte juridictionnel. Maintenant que nous savons comment elle s'est formée, il est nécessaire de l'étudier au moyen d'un critérium juridique, afin de découvrir sa véritable signification.

On pourrait songer à invoquer tout d'abord un critérium formel. On dirait alors que les actes faits par des agents de l'ordre judiciaire ou de la fonction juridictionnelle, sont seuls des jugements. Le ministre est essentiellement un agent de l'ordre administratif. L'acte qu'il rend n'est soumis à aucune forme et l'instruction aussi bien que le jugé de l'affaire ne sont soumis à aucune procédure ; les caractères formels constituant certainement des caractères qu'il est politiquement souhaitable de voir réaliser par les actes juridictionnels. Mais il ne faut pas oublier que lorsque le Sénat se constitue en Haute Cour, lorsque siège une juridiction d'exception, il s'agit d'organismes qui ont reçu de la loi une compétence exceptionnelle, et que les agents n'ont pas le caractère de magistrats ; cependant leurs décisions sont essentiellement juridictionnelles. En revanche il est des actes d'agents judiciaires qui ne sont pas juridictionnels.

Cela tient à la nature de l'acte lui-même. L'acte juridictionnel, on peut l'admettre avec MM. Jèze et Duguit (2), est une constatation avec force de vérité légale, sans nous de-

---

il fait allusion ; précisément parce qu'il ne voulait pas consacrer la théorie qui attribue aux ministres le pouvoir de juges dans tous les cas où leurs décisions sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat », et Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 1881, 6<sup>e</sup> éd., t. 1, p. 399.

(2) Duguit. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 2, paragr. 28, p. 418.

Jèze. — *Principes généraux du Droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, p. 48,

mander avec eux si la décision que prend le juge fait ou non partie de cet acte juridictionnel. Que la décision préalable comporte une constatation, il n'en faut pas douter, parce qu'on doit supposer que l'administration examinera les arguments du réclamant. Mais peut-on lui attribuer force de vérité légale ? On ne pourrait pas comprendre qu'un agent rende une décision comportant une constatation, que celle-ci ait force de vérité légale, c'est-à-dire que cette force soit générale — au moins quant aux parties en cause — et permanente, et que cependant, eu égard aux besoins du service, il prenne sur le même objet, par la suite, une décision en sens contraire ; ou bien la seconde aurait même force que la première : d'où deux forces de vérité légale, mais en ce sens contraire, ce qui serait absurde. La décision du ministre aurait posé ce dilemme si elle avait participé de la nature juridictionnelle.

On pourrait dire avec Duguit que le ministre, lorsqu'il fait une constatation et qu'il en tire la conséquence, est compétent pour tirer cette conséquence, mais que sa constatation n'a pas force de vérité légale ; s'il a commis une erreur dans sa constatation, elle est viciée et n'a aucune valeur aux yeux de la loi. Au contraire l'auteur de l'acte juridictionnel fait une constatation avec force vérité légale, conformément à sa compétence, et il doit statuer valablement, même s'il s'est trompé. Pour expliquer cela, il faut recourir au critère de Laband (qui à lui seul serait incomplet) : l'acte juridictionnel, le jugement juridique est aussi un jugement logique ; l'agent pour le rendre, ne doit faire qu'un acte d'intelligence, un raisonnement de type syllogistique ; au contraire l'acte administratif est un acte de volonté, afin d'assurer le fonctionnement du service.

Le caractère essentiellement administratif du ministre ne permet pas d'y voir un juge. Ses actes doivent correspondre à son but. Sa fonction administrative a pour but le fonc-

tionnement du Service Public. La fonction juridictionnelle a pour objet de dire le droit. Un seul et même ne peut présenter des caractères opposés, correspondants à la divergence des buts. La décision préalable est juridiquement un acte administratif (1).

Quelle est sa signification ? Nous avons à examiner trois éventualités avant de pouvoir répondre.

1° La réclamation préalable a pour cause un fait matériel ; par exemple un accident survenu par suite du fonctionnement d'un Service Public. Cet accident a provoqué un dommage dont la victime demande réparation. Elle peut faire cette demande, mais elle ne peut d'abord faire rien d'autre.

La décision préalable fait naître pour elle une créance, si elle est favorable ; la possibilité d'un recours afin de faire naître cette créance si elle est défavorable. Ceci est le cas de la responsabilité objective type ; elle est de droit objectif.

2° La réclamation préalable a pour cause l'application ou la non application à un individu d'une situation objective. Supposons un fonctionnaire dans une administration où l'avancement est automatique ; il arrive à un terme où il doit recevoir avancement ; on le lui accorde : la décision est l'acte condition qui la place dans la situation attribut et accessoire de sa fonction ; si au contraire on la lui refuse, il y a une violation de la loi objective qui ouvre le recours.

---

(1) L'exclusion de l'acte juridictionnel de la décision paraît bien être la solution rationnelle. A l'époque franque, on voyait bien les rachimbourgs participer à l'opération ; mais en l'absence du fonctionnaire royal, ils statuaient valablement, seulement, nous apprend de traité de M. Declareuil, la loi Salique ne reconnaissait pas dans ce cas la force exécutoire à leur sentence. De même dans le cas de compromis, l'arbitrage a bien force de vérité légale, mais la décision n'a aucune valeur par elle-même ; seule, la constatation en a une ; mais l'exécution n'est possible qu'après homologation par le président du tribunal, qui n'est point tenu d'ailleurs de la donner.

Les faits semblent donc bien confirmer la théorie de Zèze et infirmer celle de Duguit,

3° La réclamation est motivée par l'existence d'une convention de droit public. Supposons qu'il s'agisse d'une demande en modification pour fait du prince. Si la décision est conforme à la réclamation, elle constitue l'acte qui modifie la convention, de même nature que la convention elle-même. Si elle lui est contraire, elle place le réclamant dans une situation nouvelle, et lui ouvre un droit de recours.

Par conséquent, la décision administrative préalable a une signification bien déterminée. Elle est un acte qui modifie la situation d'un réclamant, parce que la situation de fait où il se trouve n'est pas conforme à la situation de droit où il se trouve, et parce que la possibilité juridique du recours dépend de la situation juridique de l'intéressé.

#### *Effets pratiques de la décision préalable. (1)*

Du fait que les particuliers sont obligés d'adresser une réclamation à l'administration avant d'engager une instance devant le Conseil d'Etat, on conçoit que chaque fois la décision rendue est favorable à la réclamation, elle évite une instance juridictionnelle. D'où des avantages pratiques : les rôles du Conseil d'Etat se trouveraient alourdis par une quantité de recours que les intéressés ne manqueraient pas de former s'ils en avaient le moyen immédiat. On évite de même l'exposition de frais importants.

Mais en face de cet avantage énorme, il y avait jadis un risque. Lorsque l'administration ne rendait pas la décision, lorsqu'elle gardait le silence, le réclamant ne pouvait pas engager l'instance, le silence servait de protection à l'administration, qui pouvait toujours s'y réfugier. Il fallut l'intervention du législateur pour voir disparaître ce danger.

---

(1) Bouvier. Note aux *A. Pandectes Françaises*, 1906-4-27.

Au lieu d'assimiler le silence à rien, et, par conséquent, au lieu d'en faire quelque chose de différent à la fois d'une acceptation et d'un rejet, le législateur comprit que là où il n'y avait pas acceptation il y avait rejet, et qu'il n'y avait pas de place pour une troisième hypothèse.

La nécessité de présenter une décision préalable au recours ne peut plus, depuis la loi du 17 juillet 1900, sanctionner une carence de l'administration. Jusque-là, par contre, maniée habilement, elle pouvait devenir un excellent instrument de politique arbitraire, dernier retranchement d'un gouvernement à prétention autoritaire, à qui la justice refusait la possibilité de s'abriter derrière la cynique qualification d'acte de gouvernement et de se soustraire ainsi à tout contrôle juridictionnel. Le seul inconvénient qu'elle emportait a aujourd'hui disparu ; son absence a une signification bien déterminée.

En même temps que le législateur a déterminé la signification juridique du silence, qu'il présume un rejet (dans la plupart des hypothèses) en même temps il a donné une sanction à la fonction publique et il a mis en relief son caractère obligatoire.

## CHAPITRE II

### **L'obligation pour l'administration d'agir.**

---

La loi du 17 juillet 1900 dans son article 3 (1) fait application du principe selon lequel les fonctionnaires doivent remplir les diverses attributions de leur fonction. Elle pose que le fait de garder le silence est une manière de la remplir. Le législateur l'avait déjà admis à plusieurs reprises, dans des cas particuliers. On peut dire que, de tout temps, on avait considéré comme un devoir de rendre la justice ; c'est certainement en ce qui concerne la fonction judiciaire qu'a eu lieu la première application du principe. Puis l'apparition de nombreux services publics, le nombre des rapports de l'individu et de l'Etat qui allaient toujours croissants au fur et à mesure que se développait la civilisation, montrèrent qu'il ne s'agissait pas d'une particularité de l'ordre judiciaire.

Ce problème existait non seulement extérieurement à l'Etat dans l'usage des services publics par les individus, mais encore intérieurement, par suite de la sujétion où peu

---

(1) Loi du 17 juillet 1900, art. 3. Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme d'un recours contre une décision administrative, lorsqu'il s'est écoulé un délai de plus de quatre mois sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée, et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Si des pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces,

à peu s'est trouvée placée l'administration par rapport au législateur. Le fonctionnement du régime parlementaire l'adhésion au principe de la souveraineté nationale amenèrent d'abord un contrôle de l'activité gouvernementale par les représentants de la Nation : puis de ce contrôle naquit une véritable subordination.

De là à vouloir étendre à l'individu la possibilité de ce contrôle, il n'y avait qu'un pas. La jurisprudence n'a pas permis qu'il fût franchi. C'était se prononcer conformément à la maxime du droit : pas d'intérêt, pas d'action. Or l'application de cette maxime, pour être logique, exigeait qu'au contraire la demande fut recevable lorsque l'individu aurait un intérêt véritable. Le Conseil d'Etat l'admit.

Le droit positif français présente aujourd'hui un aspect à peu près cohérent sur ce point. L'un des éléments essentiels du système réside dans l'impraticabilité à peu près complète du procédé de l'inertie et de l'adoption du silence par l'administration.

## I. — L'APPARITION DE LA RÈGLE SELON LAQUELLE LA FONCTION PUBLIQUE DOIT ÊTRE REMPLIE : L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE.

### *Le déni de Justice.*

L'obligation pour l'Etat et ses fonctionnaires d'assurer l'ordre et la justice est incontestable et depuis longtemps incontestée. Le développement et la rigueur qu'avait atteints le droit romain seraient inconcevables si la Justice n'avait pas fonctionné normalement et régulièrement (1). Les magistrats romains, puis l'Empereur, assuraient l'ordre, et faisaient rendre la justice : on admettait sans discussion l'adage : « *denegari non debet nisi iuste deprecantibus* ».

---

(1) *Pandectes françaises*, art. Dénier de Justice.

Pendant le Moyen-Age, les clairs principes s'étaient obscurcis et affaiblis. La fonction publique avait pris un caractère patrimonial ; la souveraineté s'était démembrée, et chacun de ses éléments revêtait la forme d'un droit de la personne qui l'avait reçu. Et cependant on ne cessa guère d'admettre que le seigneur non seulement pouvait, mais encore devait assurer l'ordre et la justice. L'influence des canonistes a fait beaucoup en ce domaine. La grande voix de Saint Thomas d'Aquin s'est élevée à plusieurs reprises, dans la *Somme Théologique* et dans le *Gouvernement Royal* (1), pour rappeler aux princes leurs devoirs. Le gouvernement n'est bon que dans la mesure où il parvient à promouvoir le bien commun de la multitude, en maintenant l'unité et l'harmonie de la société, selon la Subordination naturelle des fins. Le roi a une triple tâche. Il doit parer à l'inconvénient qui résulte de la succession des hommes et de leur remplacement par d'autres ; il doit protéger l'ensemble de ses sujets contre toute agression qui pourrait venir de l'extérieur ; et enfin « il faut que par ses lois et ses décrets, par les châtimens et les récompenses qu'il établit, il détourne ses sujets de l'iniquité et les pousse à des œuvres conformes à la vertu, prenant modèle sur Dieu qui a donné une loi aux hommes et récompense ceux qui l'observent alors qu'Il châtie ceux qui la transgressent ». En un mot, il faut que « la prudence du Souverain prévoie tout ce qui suffit à assurer le plein développement d'une vie conforme au bien honnête ».

Et de fait la Justice se trouve assurée. Dans le droit féodal, on ne peut interjeter appel que dans deux cas, auprès d'une puissance supérieure au Seigneur à qui l'on s'est adressé pour obtenir la Justice : le premier, c'est l'appel de

---

(1) Saint Thomas d'Aquin. *Le Gouvernement royal*, traduc. Garrigou Lagrange, p. 120 et suiv.

faux jugement ; le second, c'est l'appel de défaut de droit. Il y a défaut de droit lorsque, le justicier étant mis en demeure de rendre une sentence, celui-ci s'est soustrait à son obligation. L'appel se porte devant le tribunal du souverain et s'il est reconnu bien fondé, le seigneur se voit condamner à une amende de soixante livres, et retirer son droit de justice au profit du suzerain (1). La sanction est sévère car la Justice s'apprécie par le profit que l'on tire des amendes plutôt que par le devoir la rendre. (2)

Puis lorsque la Monarchie eut réaffermi sa puissance, le roi usa du moyen de la prévention. Lorsqu'un délit était commis, le seigneur avait l'obligation de rendre la justice ; il en était de même lorsqu'il s'agissait d'une affaire civile. Le seigneur en avait reçu mission du roi, et s'il ne s'y conformait pas à son obligation, les tribunaux du roi devenaient compétents. Il suffisait qu'ils fussent les premiers saisis. Sans doute y avait-il à la source de cette institution le désir du roi de regrouper ses attributions ; néanmoins le souci d'éviter le déni de justice apparaît suffisamment dans le fait que la juridiction royale se dessaisissait dans les vingt-quatre heures du commencement des poursuites, si la juridiction seigneuriale faisait les actes rendus nécessaires par les obligations du seigneur.

---

(1) Declareuil. *Histoire du Droit*.

(2) Il ne suffit d'ailleurs pas que le gouvernement assure la justice. Elle doit présenter des garanties suffisantes. A cette idée se rattachent : 1° l'organisation de juridictions collégiales (*stricto sensu*, ou avec présence de rachimbourgs) ; 2° l'organisation des voies de recours, qui a débuté par l'appel de faux jugement dans le droit laïque, qui s'est par la suite transformé, en grande partie grâce à l'exemple de l'organisation ecclésiastique, et a permis le développement de l'appel que nous connaissons ; il se produisit même l'abus de la possibilité de nombreux appels successifs ; 3° la formation d'un personnel judiciaire spécialisé ; 4° le développement de la technicité chez le magistrat auquel on finit par demander des connaissances juridiques assurées. Dans les pays civilisés, on admet en principe que l'organisation judiciaire présente alors des garanties essentielles pour les plaideurs. Mais dans le cas où l'institution serait déficiente, on admettrait en droit international que celle-ci équivaldrait à un déni de justice.

Le souci du roi ne se restreignait pas à la justice seigneuriale. Il devait englober aussi les justices royales, car les juges pouvaient tromper la confiance mise en eux, et ne pas rendre de sentence lorsqu'ils en étaient régulièrement requis. L'ordonnance de 1667, au titre 25, organise un système qui a donné naissance au système actuel. L'article premier enjoignait aux magistrats de rendre la justice, à peine de répondre auprès des parties du tort que leur inaction engendrerait. Leur silence donnait lieu à poursuite après deux sommations, répétées dans un délai de huit jours lorsque leur ordre de juridiction ressortait sûrement d'un tribunal supérieur, et de trois jours dans l'autre cas. Les huissiers requis devaient prêter leur concours à peine d'interdiction de leur charge. C'est encore le système du Code de procédure civile.

Il avait encore fallu prévoir le cas où le déni serait commis par un juge ecclésiastique. Normalement, une affaire de la compétence de l'official ressortait en cause d'appel de l'official métropolitain. Mais on admettait que tous les officiaux connaissent des affaires contentieuses civiles, ou criminelles, en vertu d'une délégation du roi. La voie qu'on devait suivre se trouvait alors déterminée : lorsqu'un plaideur reprochait au juge ecclésiastique d'avoir commis un déni de justice, il portait l'affaire devant le tribunal du roi au moyen de l'appel comme d'abus. C'était le droit commun en matière ecclésiastique.

Au reste, lorsqu'un juge se trouvait saisi, et bien que la confusion des pouvoirs existât partout, il pouvait, s'il avait des doutes sur le sens de la loi, en référer au roi en son conseil, afin d'obtenir l'interprétation qu'il ne croyait pouvoir faire. La Révolution rendit ce système du référé obligatoire ; la loi des 16-24 août 1790, par son article 12 titre 2, disposa : « Les juges ne pourront pas faire de règlement. Ils s'adresseront au Corps Législatif toutes les fois qu'ils croi-

ront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. » Lorsque le Corps Législatif se trouvait ainsi appelé à donner une interprétation, il connaissait d'une affaire contentieuse, de telle sorte que si le tribunal judiciaire n'empiétait certainement pas sur le pouvoir du législateur, la réciprocque n'était point vraie. De plus, la marche de la justice se trouvait singulièrement retardée, parfois paralysée, et le Tribunal de Cassation se montrait très sévère dans l'admission des référés. Il estimait qu'à l'égard des parties, il y avait déni de justice, à l'égard du tribunal, excès de pouvoir ; à l'égard du Corps Législatif, infraction au principe de la séparation des pouvoirs. Cependant le Corps Législatif se montrait moins scrupuleux, et il accueillait très facilement les référés.

C'est pour remédier à tous ces inconvénients que la Commission préparatoire du Code civil rédigea l'article 4. Elle écartait définitivement la pratique du référé, posait l'obligation pour le juge de statuer dans tous les cas qui lui seraient soumis, et qualifiait l'infraction à cette règle de déni de justice. Lors de la discussion au Conseil d'Etat, Roderer invoqua bien les scrupules des révolutionnaires : il craignait que les tribunaux fussent ainsi appelés à faire la loi. Mais, sans nier ce danger, Portalis fit recevoir le texte proposé, alléguant que de deux maux il fallait choisir le moindre.

Ainsi notre droit positif reçut pour la première fois une application du principe que le fonctionnaire doit remplir sa fonction publique, et ne doit pas garder le silence lorsqu'il est légalement requis.

En effet, le Code Civil se prononce en ces termes (art. 4) : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Texte qui ne peut être séparé de l'article 506 du Code de Procédure

Civile : « Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre les requêtes, ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. » Bien entendu, le juge ne refuse pas ouvertement. De même que l'avait déjà prévu le législateur de 1667, de même le législateur de 1806 a dû prévoir un système de présomption. C'est l'article 507 *C. Pr. Civ.* qui le donne : le déni se prouve par le fait que deux mises en demeure adressées au tribunal sont demeurées infructueuses. C'est le fait de garder le silence qui constitue le déni de justice. (1)

Quelle est la sanction ? C'est là une question importante, comme nous l'allons voir, par suite des conséquences qu'on en peut tirer. Cette sanction est double. Le juge qui dénie de rendre la justice commet une faute à l'égard du plaideur, et il en commet une à l'égard de la société : ainsi, il engage et sa responsabilité civile et sa responsabilité pénale. La responsabilité civile se met en jeu par la procédure de prise à partie (2) ; recours trop incertain, car il faudra une auto-satisfaction pour agir contre le juge ; toutefois le texte pose clairement le principe de la faute personnelle en cas de déni de justice. Quant à la responsabilité pénale (3) elle est

---

(1) Art. 507. — Le déni de justice sera constaté par deux réquisitions faites aux juges, en la personne des greffiers, et signifiées de trois jours en trois jours, au moins pour les juges de paix et de commerce, et de huitaine au moins pour les autres juges ; tout huissier requis sera tenu de faire ces réquisitions à peine d'interdiction.

Art. 508. — Après les deux réquisitions, le juge pourra être pris à partie.

(2) *C. Pr. Civ.* — art. 505 —. Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° s'il y a dol, ou fraude qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ; 3° *s'il y a déni de justice.*

(3) (Pén. Art. 185). Tout juge au tribunal, tout administrateur ou autorité administrative, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi et sera puni d'une amende de 200 francs, au moins, et de 500 francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt.

encore plus difficile à mettre en jeu : l'article 185 *C. Pén.* suppose une injonction adressée au juge par son supérieur hiérarchique, qu'il ne définit d'ailleurs pas ; on se trouve donc encore devant un texte de principe, mais dont l'efficacité est tout à fait aléatoire. (1)

Ce système nous apparaît comme fort désuet ; nous ne concevons guère que de telles difficultés puissent être soulevées lorsqu'il s'agit de garantir les citoyens contre le déni de justice, mais il faut reconnaître que les textes de 1806 et 1810 sont tout à fait dans l'esprit de la législation de cette époque. Le législateur de l'an VIII avait affirmé la garantie des fonctionnaires ; par suite on ne pouvait poursuivre aucun fonctionnaire sans autorisation. Le système de la prise à partie est parallèle. Mais il existe une différence fondamentale ; la prise à partie suppose une faute expressément prévue par la loi, et dont le déni de justice ; elle n'est possible que dans des cas exceptionnels, alors qu'au contraire la notion de faute personnelle peut s'étendre davantage pour les autres fonctionnaires. Cependant la faute silence n'a pas été reconnue par la jurisprudence comme constituant une faute personnelle pour ceux-ci.

Du texte de l'article 506 *C. Pr. Civ.* il résulte que seul à vrai dire le silence volontaire, le refus conscient du juge de rendre une décision constitue un déni de justice. C'est chose normale. On ne saurait rendre le magistrat responsable du fonctionnement défectueux du service. Or on admet que le retard volontaire du juge cause aux parties un préjudice qui leur ouvre un recours en indemnité ; si le retard n'est pas volontaire, s'il provient de l'encombrement des rôles, par exemple, et c'est le cas qui semble bien prévu par l'article 506 (en tour d'être jugé...) le préjudice n'en sera pas moins certain. L'Etat qui doit assurer l'administration

---

(1) Garçon. *Code pénal annoté*, art. 185.

de la justice en sera-t-il responsable du moins ? Que non pas. L'Etat juge ne connaît aucune responsabilité, hormis le cas exceptionnel de l'article 446 *C. Pén.* tel que l'a modifié la loi du 8 juin 1895.

En somme, en matière judiciaire, le silence est considéré comme une faute qui engage la responsabilité du juge lorsque ce silence n'est imputable qu'à lui ; mais on n'a pas sanctionné la mauvaise marche du service et le mauvais fonctionnement d'une administration reconnue de tout temps, cependant, comme indispensable. L'organisation des tribunaux et le devoir de leurs membres a paru une garantie suffisante pour les particuliers. Il n'y a qu'un seul cas où le législateur a cru nécessaire d'intervenir : c'est en matière de conflit.

### *Le silence de l'Administration et le Conflit.*

Lorsque le gouvernement prit le parti de réglementer la procédure du conflit, il fallut bien prendre quelques dispositions : les abus qui s'étaient produits ne devaient plus pouvoir se reproduire. Les mesures sont de deux ordres. Les unes consistent à empêcher que l'administration n'apporte une entrave au bon fonctionnement de la justice : c'est pourquoi des délais de rigueur ont été établis. Les autres consistent dans une obligation imposée au Tribunal des Conflits.

Outre que le Préfet ne peut plus élever le conflit après que les jugements ont été rendus en dernier ressort ou acquiescés ou qu'il se trouve en face d'un arrêt définitif, il doit transmettre au Parquet, une déclinaoire d'incompétence sur lequel se prononce la juridiction saisie. En cas de rejet, le Préfet a un délai de quinzaine pour prendre un arrêté de conflit : passé ce délai, il ne le peut plus. Si donc,

au cours d'une procédure qui soulèverait une question de droit concernant l'administration, l'autorité préfectorale garde le silence, elle est censée accepter la compétence judiciaire. Il s'agit d'une présomption irréfragable.

Lorsque la procédure de conflit a été suivie régulièrement, il ne faut pas que l'instance engagée se trouve suspendue trop longtemps. Les justiciables en supporteraient un préjudice très grave, et nous le savons, irréparable. Aussi l'article 7 de l'ordonnance du 12 mars 1831 enjoint-elle au Tribunal des Conflits de statuer dans le délai de deux mois à dater de la réception du dossier ; et l'administration doit signifier la décision rendue au tribunal dessaisi dans le délai d'un mois. Si ces délais s'écoulent sans qu'un arrêt soit rendu et sans qu'il soit signifié, le texte présume que l'arrêté de conflit a été annulé.

On voit donc que dans ces cas, où l'administration de la justice risquait d'être entravée, le législateur a dû prendre des précautions spéciales. Mais tandis que le fait de ne pas rendre la justice ne peut pas s'interpréter autrement que par un refus de dire le droit, ici le silence signifie lui-même quelque chose ; il signifie que les choses sont dans un état normal et qu'il n'y a pas lieu d'y apporter quelques modifications. On lui donne cette signification parce que c'est possible. Mais déjà on n'est plus spécifiquement dans le domaine de la justice. C'est celui de l'administration.

#### *L'exécution des décisions de Justice.*

L'exécution des décisions de justice se fait au moyen des huissiers et d'une façon générale des officiers ministériels. Mais pour ce faire, il se peut qu'il soit nécessaire de recourir à l'intervention de la force armée.

En ce qui concerne les officiers ministériels, il ne faut pas oublier qu'ils sont de véritables fonctionnaires. Leur situation est une situation juridique légale, générale, objective.

Par suite leur compétence est liée. Cela résulte formellement du Décret du 14 juin 1813. « Les huissiers sont tenus d'exercer leur ministère toutes les fois qu'ils en sont requis et sans acception de personnes... » Selon la formule de M. Jèze « la loi fait aux agents d'exécution un devoir fonctionnel de réaliser au besoin par la force les situations juridiques régulièrement constatées et les décisions prises par les tribunaux compétents. » (1)

Les agents d'exécution ont ainsi un devoir général que sanctionnent des dispositions d'ordre pénal et disciplinaire; et s'ils passent outre à ce devoir, ils engagent leur responsabilité personnelle.

Pour eux, le fait de garder le silence, d'opposer au justiciable qui le requiert la force d'inertie, aboutirait à la non réalisation de la situation qu'ils doivent réaliser. Elle aurait le sens d'un refus d'instrumenter, parce qu'en fait, ils n'instrumenteraient pas. Leur carence constituerait certainement une faute personnelle, dont il faudrait les tenir pour responsables.

Si le problème est simple lorsqu'il s'agit des agents d'exécution, il n'en va plus de même lorsque pour la réalisation de la situation judiciairement créée, il faut faire appel aux représentants de la force publique. Certes la formule exécutoire des décisions de justice vise expressément les commandants et officiers de la force publique aussi bien que les huissiers. Mais on sait que parfois ceux-ci reçoivent l'ordre de ne point se prêter à cette exécution. Le cas s'est produit au cours de ces dernières années, à Paris notamment, lorsque le Gouvernement enjoignait aux Commissaires de police de ne pas procéder aux expulsions massives de locataires bien que souvent les propriétaires eussent en mains un jugement ordonnant l'expulsion. Mais c'est surtout dans

---

(1) Zèze. *Principes généraux du droit administratif*, t. 1, p. 275,

l'affaire Couités que trancha le Conseil d'Etat par arrêt du 30 novembre 1923 (*Rec. p. 789*) qu'on put apprécier la mesure dans laquelle l'administration pouvait se soustraire à l'exécution. Il résulte suffisamment de l'arrêt que le pouvoir du gouvernement n'est pas arbitraire et qu'il doit donner des motifs lorsqu'il se refuse à l'exécution. Le Conseil d'Etat les contrôle et estime s'ils sont valables ou non. Par suite, le Gouvernement ne pourrait en gardant le silence se soustraire à ses devoirs ; il s'agirait d'un rejet implicite, sans motifs avoués ni contrôlables, en somme d'une mesure arbitraire. Et la solution serait à *fortiori* celle que le Conseil d'Etat a admise en cas de refus justifié : on verrait engager la responsabilité de l'Etat. (1)

## II. — LE DÉVELOPPEMENT DE L'INTERPRÉTATION DU SILENCE AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE.

On conçoit aisément que le problème du silence de l'administration ait pris de l'extension au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Tant qu'on ne reconnut à l'Etat que le devoir d'assurer l'ordre et la justice, seul le déni de justice pouvait vraisem-

---

(1) Dans l'affaire Conitéas, après avoir entendu les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Rivet (*D. P. 1923-3-59*), le Conseil d'Etat rendit un arrêt par lequel il admettait presque explicitement la théorie du Commissaire. Il s'agissait d'une demande en indemnité que le sieur Conitéas avait introduite contre l'Etat pour préjudice à lui causé dans les circonstances suivantes : il avait auprès des terrains dits Tabial el Houbira, et cela en plein accord avec l'administration. Mais le domaine se trouvait occupé par de nombreux indigènes. Conitéas fit constater sa situation de propriétaire et obtint judiciairement la possibilité de procéder à une expulsion. Celle-ci n'était pas possible sans le concours de l'armée. L'administration le lui refusa à plusieurs reprises, car « l'expulsion de nombreux indigènes de territoires dont ils s'estimaient légitimes propriétaires depuis un temps immémorial » aurait provoqué des troubles graves. Le Conseil d'Etat alloua une indemnité au requérant parce que le justiciable porteur d'une décision de justice est en droit de compter sur son exécution, au besoin à l'aide de la force publique ; si le gouvernement peut légitimement ne pas procéder aux mesures nécessaires, les charges exceptionnelles qui dérivent de son refus ne doivent pas grever le justiciable. Par suite, celui-ci a droit à indemnité.

blement se poser. Certes la nécessité de la décision préalable apportait quelque gêne aux citoyens. Malgré tout, les rapports qui se liaient entre eux et l'administration étaient, le plus souvent d'un ordre tel que les Conseils de préfecture pouvaient les solutionner ; il est vrai, et la jurisprudence en fait foi dans des cas dont le nombre allait toujours croissant, ils ne pouvaient se faire rendre justice ; « cependant la médiocre activité de l'Etat ne soulevait pas les problèmes nombreux qu'elle soulève de nos jours.

Les progrès de la culture, de la civilisation accrurent dans de vastes proportions cette activité. Les rapports avec les particuliers augmentant, l'Etat eut des fonctionnaires de plus en plus nombreux. Puis il faut tenir compte encore de la notion des droits individuels qui corrélativement, se développait, comme legs de la Révolution.

#### *Les atteintes à la Propriété.*

Lorsque l'invention des chemins de fer nécessita l'établissement d'une réglementation précise de l'expropriation parce que celle-ci devenait plus fréquente, on voulut sauvegarder au maximum les droits des propriétaires. Certes l'expropriation n'était pas chose nouvelle. L'article 17 de la déclaration des droits de 1789 la prévoyait, et la limitait aux cas de nécessité publique ; bientôt le code civil parlait de l'utilité publique ; parce que la nécessité lui paraissait une conception trop exigüe. Le problème devint capital vers les années 40.

L'article 14 de la loi du 3 mai 1841 (modifié par la loi du 6 septembre 1918) stipule que si dans le délai d'un an, à compter de l'arrêté de cessibilité du préfet, l'Administration n'a pas procédé à l'expropriation, le propriétaire peut s'adresser au Tribunal par voie de requête. Ou comprend

aisément quelles entraves pourraient résulter pour le propriétaire si son droit se trouvait plus longtemps en souffrance. D'une part, une véritable indisponibilité de fait grève son bien : il n'ose le faire fructifier, engager des capitaux et du travail dont le fruit serait des plus aléatoires ; il ne peut songer à aliéner car les seuls acquéreurs possibles seraient des spéculateurs ; il serait dépossédé avant la lettre ; et d'autre part, il ne serait pas indemnisé de tous ces graves inconvénients. On ne pouvait songer à la laisser dans cette situation anormale et gênante, au mépris de son droit de propriété. Ce droit avait été garanti par la déclaration des droits ; il constituait l'armature économique de la société, et en outre, au point de vue politique, n'était-ce point sur la bourgeoisie propriétaire par excellence que s'appuyait en grande partie la monarchie de juillet ! Au point de vue social enfin, ne risquait-on pas de troubler profondément la vie au lendemain de l'époque où la Révolution avait décuplé le nombre des propriétaires par la vente des biens nationaux. Les circonstances économiques avaient nécessité qu'on usât en grand de l'expropriation ; mais ces nécessités elles-mêmes obligeaient à ce qu'on prenne des précautions spéciales pour y procéder. Et notamment, on ne pouvait tolérer que l'expropriation restât en suspens en même temps que le droit des propriétaires se trouvait paralysé. Ou bien il y avait utilité publique, et il fallait réaliser l'opération ; ou bien elle n'existait pas, et rien ne justifiait une atteinte au droit. Mais il fallait une situation nette et franche. On ne préjugait pas du silence ; on permettait d'y mettre un terme.

Un nouveau problème, analogue, allait se poser, lorsque sous le Second Empire, l'Administration allait dresser le nouveau plan de Paris. Des expropriations allaient se produire qui se trouveraient soumises aux règles de 1841. Mais des dispositions allaient être prises afin de moderniser la

capitale. On allait faire jouer des considérations techniques, esthétiques, dans une certaine mesure hygiéniques. Pour réaliser ces fins, il fallait soumettre à un contrôle énergique et efficace tous les plans de constructions. C'est ce que prévut le décret du 26 mars 1852.

L'article 4 de ce décret exigeait des propriétaires qu'avant de commencer tous travaux, ils adressent à l'Administration un plan et des coupes cotées des constructions qu'ils voulaient entreprendre. On comprit cependant que le droit de ces propriétaires risquait de se trouver compromis, si le décret ne prenait pas une précaution. Il ne fallait pas que le propriétaire fût contraint d'attendre une autorisation de bâtir, et on ne pouvait songer à impartir efficacement un délai pour prendre parti. Il n'y avait qu'une solution : c'était de donner une signification au silence si l'administration le conservait plus d'un certain temps. Ce temps fut limité à vingt jours. De la sorte les droits du propriétaire ne se trouvaient pas compromis, et il n'y avait même vraisemblablement aucune gêne à redouter ; néanmoins l'administration avait le temps de procéder à un sérieux contrôle, et de faire, si c'était nécessaire, une opposition dans les délais exigés.

Dans le même ordre d'idée, il faut encore noter la loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux. Le titre 2 de cette loi dispose que les cours d'eau navigables ou flottables font partie du domaine public de l'Etat ; il en tire les conséquences : aucun travail, aucune prise d'eau, aucune occupation temporaire ne peuvent avoir lieu que s'il y a une autorisation de l'administration, et cela afin de ne pas gêner la navigation. Mais c'eût été là disposition illusoire, si les propriétaires riverains avaient pu s'opposer à l'usage de la berge, qui est nécessaire au halage. Le législateur établit sur le fonds une servitude, partout où il existe un chemin de halage. Ils doivent laisser libre une bande de terrain de sept mètres quatre-vingts de largeur, à partir du bord du

cours d'eau (art. 46) ; chose plus grave, ils ne peuvent planter de haie ou d'arbre, ni faire aucune construction à une distance de moins de neuf mètres soixante-quinze du bord, chemin de halage compris, ou de trois mètres vingt-cinq s'il s'agit de la rive où il n'y a pas de chemin. Pour limiter cet inconvénient, l'article 48 permet aux propriétaires qui veulent construire ou planter de demander à l'Administration qu'elle procède à leur égard à la délimitation de la Servitude. Si elle ne le fait dans un délai de trois mois, elle ne pourra supprimer les clôtures, les constructions et les plantations sans payer d'indemnité. La signification donnée au silence a ici une valeur spéciale ; il ne constitue pas un refus, ni une autorisation de construire, mais seulement une présomption, qui n'est pas irréfringable ; toutefois si le propriétaire a diminué le fait de sa servitude, il y a bien lieu de ramener celle-ci à ses proportions normales, sans quoi il y aurait enrichissement injuste au profit du propriétaire ; cependant le rétablissement des choses en état peut être préjudiciable au propriétaire, dans la limite où il a engagé des frais, et le silence qu'a gardé l'administration a pour conséquence de permettre un recours contre l'Etat. Dans ce cas, le silence fait naître la responsabilité de l'Etat.

Pour les seules dispositions de la loi qui touchent à la propriété, la signification du silence n'est pas la même.

### *Les droits politiques.*

Dans ce domaine, il y avait beaucoup plus de difficultés que dans le précédent, et à vrai dire, le législateur ne s'en est nullement préoccupé au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Cependant des cas se sont présentés où il a bien fallu que les tribunaux prissent position. A vrai dire, ce fut devant les juridictions judiciaires.

La révolution avait posé le principe de la liberté des cul-

tes. L'article 10 de la déclaration des droits énonçait ainsi que « nul ne peut être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. » Et l'article 354 de la Constitution de l'an III portait plus tard que « nul ne peut être empêché d'exercer en se conformant aux lois le culte qu'il a choisi. » L'énoncé de ces principes ne fut pas repris par la constitution de l'an VIII. Puis la Charte de 1814, dans son article 5 dispose de la même façon que l'exercice du culte sera libre, tout en faisant de la religion catholique la religion de l'Etat. La Charte du 14 août 1830 supprima même cette disposition. Par conséquent, sous la Monarchie de juillet, la liberté du culte était fondamentalement reconnue. Toutefois lorsque des protestants s'assemblaient chez l'un d'entre eux pour les cérémonies religieuses, il se formait, à n'en pas douter, une réunion. Dès lors celui qui offrait asile à ses corréligionnaires devait faire une déclaration de la réunion à l'administration et demander l'autorisation de la tenir.

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation eut à connaître de deux pourvois relatifs à des condamnations prononcées correctionnellement pour infraction à cette exigence de la loi. On se trouvait en présence du dilemme suivant. Ou bien celui qui avait donné asile à ses corréligionnaires s'était placé en état de contravention puisque la loi sur les réunions avait été violée, et dans ce cas on violait le principe de la liberté et de la protection accordée aux cultes par les textes constitutionnels ; ou bien ce dernier principe recevait application, et la loi sur les réunions devenait inapplicable. Or dans chacune de ces espèces, la déclaration avait été faite, et l'autorisation demandée ; mais l'administration n'avait pas répondu, les fidèles s'étaient réunis et le parquet avait poursuivi. Le Procureur Général Dupin, dans ses conclusions (arrêts des 22 mai 1833 et 20 mai 1836)

exprima l'opinion que si la demande en autorisation avait été faite et n'avait été suivie d'aucune réponse, la condition exigée par la loi pouvait être considérée comme tenue : l'administration seule était en faute. (1)

Interprétation curieuse du silence puisqu'à cette époque, l'administration était imbuë de ses prerogatives, mais cependant juridiquement exacte. Ce silence constituait une faute de l'administration et par suite devait être tenu comme une autorisation ; il était favorable à l'individu, et c'était logique.

Dans un autre ordre d'idée, on vit interpréter le silence d'une autre manière par la Cour de Cassation ; celle-ci ne fit d'ailleurs pas moins preuve d'esprit logique. Pour participer aux élections, pour bénéficier du pouvoir de suffrage, il faut être inscrit sur la liste électorale de la commune où l'on entend l'exercer, ou bien être porteur d'une décision de justice ordonnant qu'il en soit ainsi. Les électeurs se font porter sur cette liste au moyen d'une réclamation dans les délais prévus ; cette réclamation est examinée par une commission municipale ; si elle est rejetée, l'intéressé peut se pourvoir devant le juge de paix. Or il devait arriver, et il arriva effectivement, que la commission municipale gardât le silence et ne statuât pas sur une réclamation. L'intéressé devait naturellement songer à s'adresser au juge de paix. Dans une affaire Fabre de Cahuzac, le juge de paix se déclara incompétent. La Cour de Cassation fut appelée à

---

(1) M. Lafferrère, *Cours de droit public et administratif*, 5<sup>e</sup> édition, 1860, tome 1, p. 258. — L'auteur estime d'ailleurs que la même solution n'eût pas été acceptable sous le Second Empire, parce que le régime substitué à celui de l'art. 294 C. Pén. par le décret du 15 mars 1852, était plus répressif que le précédent. Tout au plus reconnaît-il aux citoyens dont le droit serait lésé par le silence, la faculté de se pourvoir devant l'autorité supérieure.

Mais cette doctrine ne semble pas justifiée en droit, puisque les principes de la déclaration des droits ont été formellement adoptés par le régime impérial. Il faut reconnaître cependant que politiquement elle se trouvait parfaitement en harmonie avec la conception officiellement admise de l'autoritarisme gouvernemental : l'adoption de la déclaration n'était-elle pas qu'une pure opération de façade ?

connaître de cette décision. Son arrêt rapporte en détail les circonstances de fait qui sont énoncées par le jugement, et en tire les conséquences juridiques. Au reste, le mieux est de citer sa décision : (2)

« Attendu que le jugement attaqué ne méconnaît pas que le sieur Esparbès n'ait le 31 janvier 1892, déposé à la mairie de Pouze (Hte-Garonne) une réclamation tendant à obtenir l'inscription sur la liste électorale de la dite commune des sieurs Sancier (François) et Sancier (Jean-Marie) et autres; que d'autre part il déclare expressément que non seulement aucune décision n'a été rendue sur cette réclamation, par la commission municipale, mais encore que cette commission ne s'est même pas réunie et n'a jamais été convoquée ;

« Attendu qu'en matière électorale, l'omission de statuer de la part de la juridiction du premier degré équivaut à une décision de rejet et ne laisse aux citoyens intéressés d'autre voie ouverte pour obtenir justice que le recours au juge de paix... » Et la Cour cassa la décision d'incompétence. On ne peut être plus explicite, sur le sens du silence et avouer en même temps que la décision comporte un véritable déni de justice.

En somme dans les cas que nous venons de voir, la Cour de Cassation s'est montrée libérale et a songé à garantir le mieux qu'il lui était possible les droits des citoyens.

### *Les mesures politiques du législateur.*

Il faut maintenant examiner cinq dispositions législatives qu'il était difficile de réunir sous une seule rubrique, bien que trois aient eu dans l'esprit de leurs auteurs un caractère nettement politique.

---

(1) Cass. Civ. 25 avril 1891. S. 93-1-205 etc. Cette décision n'est pas isolée. On peut citer encore : Cass. 30 juin 1885. Leonetti, S. 86-1-318, Cass. 2 mai 1892. — S. 93-1-206. Cass. 20 mai 1895. S. 93-1-206.

La première est renfermée dans le décret du 2 novembre 1864 (1).

C'était admettre que l'administration est responsable à l'égard des administrés. Cela ne concernait que les administrations locales et départementales. Mais cependant il y avait affirmation d'un principe. A leur égard le principe était posé sur le plan juridique. Mais ne l'était-il pas pour l'administration sur le plan politique ? Il faut songer que la mesure date de l'Empire libéral, et que d'autre part le régime impérial admettait les réclamations à l'encontre de l'administration (2) ; mais ces réclamations suivaient la voie politique. Les citoyens avaient toujours la possibilité d'adresser une pétition au Sénat. Dès son origine, l'Empire avait reconnu la Souveraineté nationale qu'il avait proclamée comme étant à sa base : l'empereur était responsable devant la nation, et seulement devant elle ; responsabilité qui de ce fait se trouvait bien peu garantie ; c'est en partant de cette idée, cependant, qu'on avait pu imaginer le système de la pétition. Mais il s'agissait d'une procédure purement politique, sans sanction juridique. (3) Et cela se trouvait d'autant plus grave que le contrôle de l'opinion publique n'existait pas.

Le système du décret était donc nettement insuffisant, puisque l'administration de l'Etat n'avait aucune obligation juridique de donner suite aux réclamations des particuliers. Mais il était déjà un progrès notable. Et cependant, au fonds

---

(1) L'article 7 est ainsi conçu : « Lorsque les ministres statuant sur des recours contre les décisions des autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois, à dater de la réception de la réclamation au ministère. Si des pièces sont produites ultérieurement par le réclamant, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. Après l'expiration du délai, s'il n'est intervenu aucune décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. »

(2) M. Lafferrière. *Cours de droit public et administratif*, 1860, t. 1, p. 119.

(3) *Id.* « si le renvoi au ministre compétent est prononcé, la pétition et un extrait de la délibération sont transmis au ministre d'Etat ».

la mesure n'apparaissait pas comme tellement libérale. Les administrations locales avaient des pouvoirs bien restreints, et cela d'autant plus que la tutelle fonctionnait avec énergie. L'examen par le ministre ne faisait que se superposer à l'exercice de cette tutelle. La mesure somme tout, aboutissait à un accroissement de la censure par le pouvoir central à l'encontre de corps électifs — mais dont l'organe d'exécution était lui-même indépendant.

Juridiquement le silence prenait une signification ; il tenait lieu d'une décision de rejet de la réclamation. Le Conseil d'Etat ne manqua pas d'en user au maximum pour servir les réclamants. Bien que formellement, le texte ne prévoit que le silence de l'autorité supérieure, il l'étendit à tous les cas où la réclamation concernait une administration locale ou régionale. C'est ainsi qu'il l'admit quand cette autorité gardait elle-même le silence, et qu'ensuite le ministre en faisait autant. (1)

Ce texte, qui ne fut jamais abrogé cessa cependant de s'appliquer par la force des choses : ce fut lorsque le Conseil d'Etat admit les recours *omisso medio* (arrêt Bougard de 1881 en matière départementale, arrêt Cadot de 1889 en matière communale.)

Il faut arriver à 1880 pour voir le législateur se préoccuper à nouveau de la question. Lorsque Jules Ferry procéda à la réforme du Conseil supérieur de l'Instruction Publique, qu'il y introduisit le système de la représentation du Corps enseignant, il fallut prévoir un contentieux électoral. L'article 12 du décret du 16 mars donna compétence au ministre de l'Instruction Publique : les réclamations lui étaient adressées ; il y répondait dans le délai d'un mois, à charge de recours devant le Conseil d'Etat ; si aucune réponse n'était donnée dans ce délai, le réclamant pouvait

---

(1) Aucocq. *Loc. cit.*

se pourvoir devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Le décret ne dit pas formellement que la réclamation peut être considérée comme rejetée. Néanmoins, en l'absence de décision, les affaires restant en l'état, et dans le silence du texte, appliquant les principes généraux en matière électorale, l'élu dont l'élection était contestée devait siéger jusqu'à infirmation et annulation de son mandat. Le silence aboutissait bien à un rejet de la réclamation. C'est de ce rejet que connaissait le Conseil d'Etat.

Le décret de 1881 appliquait la même solution en matière d'élection au consistoire des églises réformées : le ministre des cultes statuait dans le délai d'un mois à compter de la réception de la réclamation au ministère. Mais cette disposition n'existe plus depuis la séparation des églises et de l'Etat.

La loi du 5 avril 1884 admet, elle aussi, ce même système. Elle prévoit deux cas. Nous reviendrons plus tard sur celui de l'article 38.

Le second cas, celui de l'article 66 vise les réclamations dirigées contre les décisions des Conseils Municipaux. La loi enjoint au préfet de statuer dans le mois. Mais il n'ajoute pas que la réclamation sera considérée comme rejetée. Néanmoins on doit l'admettre sans hésitation.

Les deux cas prévus par le législateur requerraient en effet célérité. La composition et le fonctionnement des conseils municipaux peuvent facilement se trouver paralysés, puisqu'il faut bien admettre que tout intéressé peut se pourvoir contre leurs décisions, de même que contre toute décision administrative, avec même plus de facilités parce que leur activité a toujours des répercussions financières et fiscales. Mais d'autre part, ils doivent se trouver à même de répondre à leur tâche. Par suite, si les délais de recours sont forcément brefs, ceux de procédure le doivent être également.

Reste enfin une dernière disposition à examiner : la loi du 1<sup>er</sup> avril 1898 organise les Sociétés de Secours Mutuels. Elle impose une série de conditions de forme et de fonds auxquelles elles doivent se soumettre. Mais en revanche elle crée une approbation officielle que les Sociétés régulièrement constituées doivent obtenir si elles en font la demande. L'administration doit la donner dans le délai de trois mois à compter de cette demande. Elle ne peut la refuser que dans les cas prévus par la loi, et encore doit-elle motiver sa décision et la faire connaître dans le délai de trois mois. La conséquence, c'est qu'à défaut de réponse, il y a approbation, sans quoi le refus serait nul pour vice de forme, et le Conseil d'Etat devrait l'annuler.

Dans cette série de cas, le législateur a pris soin de donner une signification précise au Silence.

### III. — LE SILENCE, ABSTENTION DE RÉPONDRE.

A l'aube du XX<sup>e</sup> siècle, on se trouvait en présence d'un système très imparfait. En la matière qui ressortait de la compétence administrative, il y avait peu de choses faites. Par contre, lorsqu'on se trouvait en présence de l'organisation judiciaire, l'évolution était beaucoup plus poussée : d'une part, en ce qui concerne la propriété, ou bien le silence avait une signification, ou bien on pouvait y mettre un terme ; d'autre part lorsqu'il s'agissait d'un droit politique, les tribunaux judiciaires adoptaient une attitude favorable à l'individu, en interprétant le silence ; d'autre part encore, l'absence de décision judiciaire constituait le déni de justice.

L'économie des Codes de l'Empire fait du déni de justice une faute personnelle à l'encontre des plaideurs. Cette faute ouvre contre ses auteurs une possibilité de recours, par la voie de la prise à partie.

Cette faute personnelle est essentiellement une faute par abstention, mais on reconnaît en jurisprudence comme en doctrine que l'abstention constitue une faute qui, lorsqu'elle engendre un dommage, emporte avec elle possibilité de réparation. (1)

Cette responsabilité personnelle peut-elle se concevoir comme permettant une réparation par l'Etat, puisqu'elle survient à l'occasion du fonctionnement d'un Service Public ? En règle générale, l'Etat juge n'a aucune responsabilité à encourrir, sauf lorsqu'il s'agit d'un cas de révision. (2) Le motif de cette irresponsabilité réside dans le principe de l'autorité de la chose jugée à laquelle rien ne peut porter atteinte ; or admettre la responsabilité de l'Etat pour le fonctionnement des services de justice aboutirait précisément à mettre en cause une décision qui doit être définitive, qui doit avoir force de vérité légale et s'imposer définitivement aux parties. Dans notre hypothèse ce principe ne saurait jouer, car il n'y a pas décision de justice. Mais l'autorité supérieure ne doit montrer aucune négligence en n'obligeant pas le magistrat saisi à statuer : ce n'est pas à elle à le faire directement ; la loi confrère au justiciable lésé le moyen d'agir lui-même et d'user d'armes légales pour l'y contraindre. Par suite, il en résulte bien que le déni de justice constitue une faute personnelle, et rien d'autre.

Cependant, il ne faudrait pas prendre cette règle pour absolue. L'histoire montre que toutes les juridictions n'ont pas fait toujours preuve du même souci d'honneur et de légalité que les tribunaux français. Aussi, en Droit International, sous une conception qui n'est pas identiquement la même que celle du droit français interne, le déni de justice a pu engager la responsabilité de l'Etat. (3) Cela s'est

---

(1) Planiol et Ripert, t. 6. *Les Obligations* par P. Esmein, p. 703.

(2) Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*, t. 3, p. 537.

(3) *Revue du Droit Public*. — *Le déni de justice en droit international*, 1931, p. 564.

produit dans des circonstances très particulières au cours de deux affaire dont a connu la Commission mixte de Lima. Le gouvernement péruvien avait intimé à ses tribunaux l'ordre de ne pas juger les demandes que les étrangers pouvaient introduire devant eux contre le Trésor Public. (26 février 1870, deux affaires : Ruden, Elmore, p. 589 et s. du *Recueil de Lapradelle et Politis*.)

La commission a reconnu qu'il s'agissait bien là de dénis de justice emportant la responsabilité de l'Etat. La Commission mixte de Lima eût aussi à connaître d'un cas qu'elle qualifia déni de justice (27 novembre 1863, affaire du *Rialto* R. A. I. 11 p. 273) : un jugement d'un tribunal américain enjoignait, par voie de writ au marshall de saisir un navire, le *Rialto*, qui appartenait à l'organisation des pilotes de Californie ; après divers incidents, le marshall n'exécuta pas le jugement : le déni de justice résidait dans le fait qu'un fonctionnaire à compétence étroitement liée et qui devait exécuter le jugement ne l'avait pas exécuté ; il ne s'agissait pas de la seule question de l'autorité de la chose jugée à l'égard de ce fonctionnaire, mais bien d'un ordre qui lui avait été donné. Toutefois dans une autre espèce, qui cependant était bien voisine de cette dernière, du moins semblait-il de prime abord, le Sénat de Hambourg, institué comme juridiction arbitrale, n'a pas vu un déni de justice (aff. Croft, 7 février 1856 R. A. I., p. 1122) : les autorités administratives portugaises avaient refusé l'insinuation d'une donation échue à un ressortissant anglais, et cela malgré l'existence d'un arrêt de justice ; mais l'autorité administrative portugaise, selon le droit local possède un véritable pouvoir de juridiction, et tous les degrés en avaient été effectivement saisis successivement ; l'intéressé, Croft, s'était trouvé dans la même situation que l'aurait été un ressortissant portugais ; c'est en partant de cette considération que le Sénat de Hambourg n'accepta pas de voir

un déni de justice engageant la responsabilité de l'Etat portugais. De même dans un autre cas, le Sénat de Hambourg a fait application de ce principe (13 avril 1864, aff. White R. A. I. 11, p. 319).

Le critérium adopté ici est conforme à l'une des dispositions adoptées par l'Institut de Droit International à sa séance de Lausanne 1927 : celui-ci déclare que : « l'Etat est responsable du chef de déni de justice : 1° Lorsque les tribunaux nécessaires pour assurer la protection des étrangers n'existent pas ou ne fonctionnent pas ; 2° Lorsque les tribunaux ne sont pas accessibles aux étrangers ; 3° Lorsque les tribunaux n'offrent pas les garanties indispensables pour assurer une bonne justice ; mais il faut remarquer que l'Institut ne considère pas comme un déni de justice le refus d'exécution. La même année, le Comité de Codification de la Société des Nations a admis des principes voisins, puisqu'il considère comme déni de justice : 1° Le refus de l'accès près des tribunaux ; 2° le prononcé de décisions judiciaires incompatibles avec l'exécution des Traités diplomatiques ; 3° le retard abusif à la solution judiciaire d'une affaire ; 4° le prononcé d'une décision manifestement inspiré par la malveillance (ce que l'Institut avait qualifié d'*injustice patente*.) (1)

De la jurisprudence positive, il résulte qu'en tout cas, le fait de refuser une décision (et c'est à bon droit qu'il faut y assimiler le retard abusif), et celui de ne pas admettre les étrangers à ester en justice constituent un déni de justice, et dans ce cas, le concept de déni de justice en droit international est bien proche de celui que nous avons analysé

---

(1) Fauchille. *Droit International public*. 1<sup>re</sup> partie. *La Paix*, t. 1, p. 533.

précédemment en droit interne. Il engage ici la responsabilité de l'Etat.

Quant au refus d'exécuter une sentence judiciaire, il peut engager cette responsabilité, mais nous savons qu'en droit interne il peut en être de même (arrêt Couitéas). Cette abstention constitue ou peut constituer une faute de service : le service public ne fonctionne pas normalement ; il n'y a sans doute pas un acte positif, ou tout au moins la cause immédiate et efficiente du préjudice n'est pas telle ; il y a une abstention de l'Etat. Cette abstention a donné fort tôt naissance à la responsabilité internationale de l'Etat.

Le silence constitue à coup sûr une abstention ; c'est une abstention de répondre, et pourrait-on dire, abstention d'accepter une réclamation comme fondée, ou abstention de la rejeter et d'approuver une délibération ou de la rejeter. Pourrait-il constituer une faute ? Cette faute pourrait-elle engager la responsabilité de la puissance publique ?

#### IV. — LE SILENCE CONSTITUE-T-IL UNE FAUTE ?

##### *La notion de faute.*

La faute est un manquement à une obligation préexistante. Par suite, elle est la conséquence d'un acte illégitime. (1) Mais il ne faut pas dire d'un acte illégal, car de nombreux faits sont accomplis par les particuliers où l'on voit une faute, sans que cependant un texte les ait explicitement qualifiés tels. Ils peuvent consister en de simples manquements à une obligation morale. La faute est la violation d'une norme sociale, qui n'affecte pas toujours la forme d'une norme juridique.

On agit contrairement à ce qui devrait être la règle de

---

(1) Planiol. *Droit Civil*, 9<sup>e</sup> éd., t. 2, p. 281.

conduite. La loi ne renferme pas dans son sein toutes les directives de l'activité humaine. Prévoyant la faute, elle sanctionne tous les manquements que la juridiction saisie devra considérer comme exigeant sinon une répression, du moins une réparation. Toutefois cela n'est admissible que si l'acte commis a causé un préjudice. Les normes sociales exigent qu'aucun préjudice ne soit apporté à l'individu ; elles n'ont qu'un but utilitaire : celui d'assurer l'ordre et la tranquillité.

La faute ne peut se concevoir comme absolue ; il s'agit toujours d'un acte qu'on doit apprécier d'après ses conséquences. Il ne suffit pas qu'il y ait violation d'une règle générale. L'existence d'une norme à ne pas enfreindre est une condition nécessaire à la naissance d'une faute ; elle n'est pas suffisante. C'est pourquoi se pose la question de son efficacité. Il faut que l'acte se présente comme source de dommage par rapport à un individu ; la relativité semble souvent permettre qu'on ne lui apporte pas de sanction. Toutefois, il n'est pas nécessaire que le dommage apparaisse comme portant atteinte aux « droits » d'une personne déterminée : dans nombre de cas, particulièrement fréquents en matière pénale, le dommage concerne la collectivité ; et par là même on conçoit qu'il puisse ne pas être matériel, mais simplement moral. Il ne faut donc point s'étonner que même en ce qui concerne les particuliers, l'existence d'un simple préjudice moral décèle l'existence d'une faute. Les tribunaux l'ont reconnu ; la jurisprudence en renferme des exemples.

En matière administrative, on peut citer en ce sens l'arrêt Poirey du 25 juin 1924 (*Rec.* p. 594). Le sieur Poirey avait été incorporé dans un groupe d'exclus à la citadelle de Besançon, car le greffier du tribunal de Montbéliard avait communiqué à l'autorité militaire un bulletin n° 2 du casier judiciaire qui comportait mention d'une condamnation,

alors que celle-ci était devenue légalement inefficace. L'intéressé protesta, mais l'autorité militaire, cependant dûment saisie, ne fit pas le nécessaire pour examiner rapidement la situation et prendre des mesures en conséquences. Le sieur Poirey demeura illégalement pendant deux mois au groupe d'exclus. Le préjudice qu'il subit ainsi n'avait eu aucune conséquence pécuniaire à son égard ; mais il n'en était pas de même au point de vue moral. Aussi le Conseil d'Etat reconnut-il la faute accomplie par les services de l'armée.

Donc, reconnaître une faute, c'est reconnaître l'existence d'une obligation bien déterminée, à la charge de quelqu'un. Dès lors, pour pouvoir reprocher une faute au service public, il faut supposer que l'administration a des devoirs à remplir à l'égard de l'individu, et qu'elle doit conformer son activité à une norme. Pour déterminer l'étendue de ses obligations, il faut déterminer d'abord les prérogatives de la puissance publique et notamment des organes d'exécution.

### *Les obligations du gouvernement.*

L'administration est l'attribut essentiel du gouvernement, dit M. J. Barthelemy (1). L'activité du gouvernement, pour l'exercice de cet attribut, se meut dans un cadre que lui trace un autre organe de l'Etat : l'organisme législatif. La fonction essentielle de celui-ci est de créer des normes, à tout le moins de les émettre sur le plan juridique. Ces normes valent certainement à l'égard du gouvernement. Toute la difficulté réside dans l'attribution d'efficacité qu'on doit leur reconnaître. Le problème s'est posé pratiquement.

Il est incontestable que le gouvernement ne peut pas les

---

(1) *De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application* in *Rev. du Droit Public*. 1907, p. 295,

violer directement ; sinon la volonté des gouvernements se substituerait à la volonté du législateur. Or la constitution, dès lors qu'elle confère les attributions législatives au Parlement et le pouvoir exécutif au Gouvernement, qu'elle statue par voie de décision très générale à l'égard du législateur, mais qu'elle détermine minutieusement les attributions du Président de la République (2), que, dans le seul cas où elle use d'un terme plus imprécis pour déterminer les attributions de ce dernier, elle dit qu'il surveille et assure l'exécution des lois (art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875) a incontestablement entendu subordonner l'exercice de la puissance exécutive au pouvoir législatif. A peine d'aller à l'encontre de l'esprit de la Constitution, le Gouvernement ne peut certainement prendre des dispositions qui annihileraient la volonté du législateur et qui s'y substitueraient. Il ne peut faire aucun acte contraire à la loi et à ce qu'elle commande.

Mais doit-il faire tout ce qu'établit le législateur ? Ne peut-il faire que ce qu'il dispose ? En un mot, n'a-t-il aucun pouvoir propre ? Accepter cette proposition constituerait une absurdité que les faits se chargeraient de démontrer. Le pouvoir propre du gouvernement est reconnu à chaque instant. C'est ainsi qu'on voit le législateur fixer des principes, mais en même temps, il ne les organise pas complètement lui-même ; notamment il ne prend aucune décision sur les modalités de leur application ; il stipule explicitement que le Gouvernement déterminera lui-même les voies par lesquelles il agira, et lui laisse le soin de fixer les règles selon lesquelles il procédera ; la pratique du règlement d'administration publique confère au gouvernement la possibilité

---

(2) Carré de Malberg. La loi expression de la volonté générale.

de déterminer son action, et cette détermination demeure toujours précaire puisqu'elle peut être modifiée à chaque instant par la seule volonté administrative. La puissance exécutive conserve une très grande latitude. Et cela d'autant plus que le législateur ne fixe souvent aucun délai au gouvernement pour dresser les règlements d'administration publique ; par là il lui reconnaît la faculté de retarder à son gré l'application de la loi ; dans le cas contraire, il lui fixe formellement un terme : c'est ce qu'on a vu en matière d'assurances sociales.

De même en matière budgétaire (1) : le Parlement établit pour chaque service une évaluation des dépenses. Celle-ci n'est stricte qu'en un sens : le gouvernement ne doit pas les dépasser. Mais par ailleurs, il conserve une grande latitude, puisqu'il n'est pas obligé de faire toutes dépenses que prévoit le budget. Cet acte lui fixe un maximum ; il lui apporte une limitation supérieure, mais l'administration conserve une liberté entière de se mouvoir dans le cadre qu'on lui a tracé.

Par là, le gouvernement apparaît comme habilité à faire certaines choses, plutôt que comme contraint à les effectuer. Il s'agit en général d'un champ d'action ouvert à son activité, et exceptionnellement seulement d'un impératif auquel il doit se conformer ; d'une permission, parfois d'une obligation. Mais dans ce dernier cas, il existe bien une norme qu'il doit respecter ; son efficacité s'étaie de sanction. Sans parler de la responsabilité civile, qu'il serait bien difficile de mettre en jeu, il existe la responsabilité politique, cette sanction si efficace du régime parlementaire. Si le gouver-

---

(1) Zèze. Cours de science des finances. *Théorie générale du budget* 1922, p. 29.

nement prétend à un moment donné substituer sa volonté à celle du législateur, et que cette volonté soit bien établie, le Parlement à la possibilité de renvoyer le gouvernement, et de n'accorder sa confiance et son adhésion qu'à une combinaison qui lui assure le respect de sa volonté. Ce ne sont pas tant les décisions du Parlement qui lient le gouvernement que ses manifestations catégoriques de volonté : elles ne sont pas toujours explicites, mais elles sont toujours manifestes.

Il en résulte que si le Gouvernement ne peut jamais abroger une loi, il n'a à l'appliquer qu'autant qu'elle est conforme à la volonté du législateur. C'est pourquoi on a pu voir à diverses reprises le gouvernement ne pas appliquer la loi. Est-il nécessaire de rappeler que nombre d'associations qui n'étaient cependant pas autorisées, (2) ont vu le jour et ont fonctionné effectivement avant la loi du 3 juillet 1901 ? ou qu'avant 1907, se tenaient déjà des réunions sans que l'autorisation préalable en eût été sollicitée ? Et plus près de nous, le gouvernement Herriot de 1924 n'a-t-il pas reconnu officiellement l'existence des syndicats de fonctionnaires, bien qu'ils n'aient jamais encore cessé d'être illégaux ?

On peut en conclure que la responsabilité du gouvernement n'est pas engagée par la seule violation de la norme ; il faut, pour qu'elle le soit, que cet élément existe, mais il faut aussi l'existence d'un dommage. Sous l'angle politique, le dommage, souvent purement moral, est déclaré par le Parlement : la norme n'est efficace que si un dommage est consécutif à sa violation.

On conçoit facilement qu'il puisse exister un conflit, car la reconnaissance d'une nouvelle norme peut entraîner pour

---

(2) Barthélémy et Duez. *Droit Constitutionnel*, p. 578,

les particuliers un dommage. L'efficacité de la nouvelle norme peut ainsi se trouver paralysée pendant un certain temps. Ce fut le cas pour de nombreuses lois ouvrières, dont le gouvernement n'a pas toujours poursuivi énergiquement l'exécution ; des interpellations en sont souvent sorties, et souvent le Gouvernement en a triomphé avec l'appui du Parlement. La faute ne se trouvait retenue qu'autant que le dommage était causé, ou du moins qu'il apparaissait suffisamment grave. L'appréciation en a toujours été purement subjective lorsqu'on se trouvait en présence de deux dommages. Aussi, lorsque l'exécution de la loi aurait nécessité des poursuites pénales, le gouvernement a-t-il pu, sans engager la responsabilité politique, prescrire aux parquets de ne pas exercer l'action publique ; mais si un procureur ne s'y était pas conformé, le tribunal saisi n'aurait pu que condamner, car il aurait dû constater que l'intérêt public, l'intérêt social, se trouvait lésé et subissait un dommage.

C'est pourquoi le Gouvernement conserve un certain pouvoir d'appréciation, et cela aussi longtemps qu'il ne lèse pas manifestement un intérêt, qu'il ne cause pas un dommage. L'appréciation d'un préjudice moral est essentiellement subjective. Celle d'un préjudice matériel ne l'est pas toujours.

Aussi ne faut-il pas s'étonner de l'exigence des juridictions qui consistent à demander aux plaideurs pour les saisir, l'existence d'un intérêt. Cela se conçoit facilement dans les affaires du contentieux objectif. A ce sujet, il y a lieu de remarquer que plus on va, moins les juridictions se montrent difficiles pour admettre l'existence de cet intérêt. Le fait est particulièrement typique en matière de recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat, résolument, s'autorise à arbitrer les conflits qui surgissent entre des intérêts peu évidents, et alors, l'opinion du Gouvernement n'apparaît plus *de plano*, comme la preuve de l'intérêt général.

De la sorte, le recours pour excès de pouvoir aboutit forcément à l'annulation de dispositions administratives qui seraient en contradiction manifeste avec la loi, et établissant des normes contraires à celles de la légalité ; mais encore il peut aboutir à une reconnaissance de la faute qu'auraient eu commise les services administratifs en s'abstenant purement et simplement de conformer leur action à la loi. C'est ce qu'a décidé le Conseil d'Etat par un arrêt du 24 mars 1922 (1).

Par contre l'efficacité du décret du 21 décembre 1911 sur la navigation fluviale en Indo-Chine et la francisation des navires n'a pas été reconnue par le Conseil d'Etat (arr. Cie des Messageries fluviales de Cochinchine, 14 mars 1924, *Rec.* p. 297) : d'une part les intérêts généraux s'opposaient à l'application effective du décret, d'autre part le dommage qui en résultait pour la Compagnie requérante « n'excédait pas la limite des charges que les particuliers peuvent, dans l'intérêt général, être tenus de supporter sans aucun recours contre la collectivité », d'autre part encore le préjudice n'était pas établi.

Il en résulte que le Gouvernement, en droit positif, peut n'être pas tenu d'appliquer la loi, mais qu'il ne peut agir de la sorte que dans certaines conditions. Il faut qu'au point de vue politique le Parlement ne voie pas d'inconvénient profond à ce que la norme soit violée : il faut qu'au point

---

(1) Chambre Syndicale des Fabricants d'eaux gazeuses (*Rec.* p. 257) : l'ordonnance du 18 juin 1823 et le décret du 16 septembre 1893 modifié par décret du 3 juillet 1907 ordonnent l'inspection des fabricants d'eaux gazeuses par les inspecteurs de denrées alimentaires, et établissent une taxe de 30 francs par an, sous forme de droit d'inspection. L'administration n'appliquait pas ces textes aux débitants qui fabriquaient eux-mêmes leur eau de Seltz ; le syndicat des fabricants d'eaux minérales artificielles de Paris se pourvut en Conseil d'Etat, et fit juger que l'abstention de l'administration était mal fondée, qu'il y avait lieu à inspection et à perception du droit corrélatif. La sanction (annulation de décisions contrevenantes) pouvait être mise en jeu parce que l'intérêt général et l'intérêt particulier de certains fabricants se trouvaient converger à l'encontre de celui du débitant, ce qui permit aux textes de retrouver leur efficacité,

de vue juridique, aucun dommage ne soit réellement causé. Si, au contraire, il existait un préjudice, la faute devrait être sanctionnée.

Le Gouvernement commettrait normalement une faute en n'appliquant pas la loi. Si cette loi tend à la création d'un service public, le cas n'est pas différent ; il se peut que politiquement la sanction ne soit pas jugée nécessaire ; il n'y a en tout cas pas lieu à sanction juridictionnelle en ce cas, puisque le service n'ayant jamais fonctionné, son fonctionnement n'a assuré d'avantage à personne et son non fonctionnement ne peut pas causer par suite de désavantage à qui que ce soit. Il n'existe aucun dommage né. Mais politiquement, cette situation doit être forcément exceptionnelle, car on ne conçoit pas, en dehors de fins démagogiques évidemment possibles, pourquoi le Parlement instituerait des services publics qu'il ne croirait pas nécessaires. C'est la croyance du Parlement en cette utilité qui rendra la création obligatoire et confèrera de l'efficacité à la norme.

Si le Service public existe déjà, et à moins d'une loi en sens contraire, l'exploitation du service sera au contraire juridiquement obligatoire pour le Gouvernement. Certes, sous l'angle politique, le Parlement pourrait dispenser le Gouvernement de cette activité. Mais à l'égard des particuliers, la situation serait inverse de la précédente. Nous rencontrerons les deux éléments de la faute ; d'abord la violation d'une norme : cette norme, c'est la loi organique du service ; ensuite un dommage : ce sont les usagers qui le subissent. Le Conseil d'Etat a fait application de ces principes dans l'affaire Syndicat de la Croix de Seguey-Tivoli (21 décembre 1906 ; *Rec. p.* 962 et s.) (1). La compagnie

---

Duguit. De la situation des particuliers à l'égard des services publics, *Rev. du Dr. Public*, 1907, p. 411. — Conclusions du Commissaire du Gouvernement M. Romieu : *Rec.* 1906, p. 962 ; Hauriou, note sous S. 1907-3-33.

concessionnaire des tramways de Bordeaux avait cessé d'exploiter, lors de son entrée en jouissance du réseau, un embranchement qui desservait le quartier Croix de Seguey-Tivoli. D'où recours des habitants, que le Conseil d'Etat déclara recevable parce que les habitants de ce quartier avait intérêt au maintien de l'embranchement. Il ne trancha pas l'affaire au fonds car il y avait lieu à interprétation de l'acte de concession. Le premier élément de la faute existait peut-être, le second sûrement. Le dommage résultait de l'arrêt de fonctionnement par le service public. L'administration est juridiquement tenue de continuer l'exploitation d'un service public lorsqu'elle l'a commencée — et, notons-le au passage, quelque soit le mode d'exploitation, concession ou régie.

Si elle se dérobe à cette obligation, elle commet une faute. Il y a carence de sa part. Jellineck voit précisément son but dans l'obligation où elle se trouve d'assurer la culture aux administrés ; (1) or en cas d'arrêt d'un service public, non seulement, elle ne leur en assure plus le bénéfice, mais elle le leur retire.

Dans le cas que nous venons d'examiner, il y a faute de l'administration, et cela alors qu'elle se comporte seulement par voie de mesure générale. On peut supposer que le fonctionnement du service ne soit paralysé qu'à l'égard d'un seul individu. On peut raisonner cependant de la même façon. D'une part, il y a une violation de la norme, règle organique du Service Public ; et il faut mentionner la violation d'une seconde norme, parfaitement distincte de la précédente, le principe de l'égalité des individus devant la loi. D'autre part, il existe un préjudice au détriment de cet individu, préjudice qui peut accroître ses charges, s'il est d'ordre matériel, et

---

(1) Jellineck. *L'Etat moderne et son droit*.

constitue directement une infraction au principe normatif de l'égalité des individus devant les charges publiques. C'est ainsi que depuis que la jurisprudence reconnaît la responsabilité de l'Etat, et la possibilité des fautes de service, dans tous les cas de faute qui ont donné lieu à réparation, on pouvait trouver une infraction à la norme directrice du service et un dommage causé à un particulier. Dans des cas dont le nombre va en augmentant chaque jour, la faute par abstention arrive à être juridiquement sanctionnée. La difficulté ne réside pas tant dans la reconnaissance de la faute que dans l'appréciation de sa gravité. Mais on peut affirmer que le fait de faire fonctionner les services d'une manière permanente et générale, sans considération d'individu est une obligation pour l'administration.

Par suite, lorsque le silence aboutit à un non fonctionnement du Service Public dans lequel il se produit, il constitue une infraction à l'obligation de l'administration, donc une faute. Le pouvoir exécutif étant avant tout un pouvoir de décision (1), l'administration peut, et nous venons de le voir, doit prendre les décisions nécessaires au fonctionnement des services.

#### V. — CETTE FAUTE PEUT-ELLE ENGAGER LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

On n'admet pas en droit public l'application des textes du droit civil. Mais les principes qui régissent le Droit sont cependant immuables, de telle sorte que le contentieux administratif use de celui que représente en droit civil l'article 1382. L'individu qui subit un dommage par suite de l'existence d'une faute peut en demander réparation. Mais à qui ? C'est la question de l'imputabilité — Le Conseil

---

(1) Hauriou. *Précis de droit constitutionnel*, p. 435.

d'Etat a reconnu que dans certains cas le patrimoine collectif devait être responsable. Cette notion est relativement récente. Elle fut d'abord admise en matière de travaux publics, puis déborda peu à peu dans tout le domaine du droit administratif. Les arrêts Ollivier et Zimmermann (1) du 27 février 1903, Leberre, du 29 mai 1903 et Villenave du 11 décembre 1903 (2), Tomasso Greco, du 10 février 1905 (3) en introduisirent l'application dans les diverses manifestations de l'activité étatique : délimitation du domaine, fonction publique, police.

*Des abstentions qui engagent la responsabilité  
de la puissance publique.*

Les abstentions constituent des fautes dans le fonctionnement des services publics. Souvent elles engagent la responsabilité de la puissance publique. Pour déterminer si le silence serait capable d'arriver à ce résultat, abstraction faite de la réglementation spéciale dont il est l'objet, il faut faire le point et déterminer jusqu'où l'abstention en général, apparaît comme susceptible d'engendrer une dette de la puissance publique (4). Seule la jurisprudence du Conseil d'Etat, permet de le faire.

Le sieur Baès avait formé un recours devant le Conseil parce que engagé volontaire en 1906 et réformé n° 2 le 23 juin 1908, l'administration l'avait porté au recensement de la classe 1909 comme omis sur la liste de 1905. Le Conseil de Révision l'avait déclaré bon absent et placé dans la disponibilité. Le 3 août 1911 l'autorité militaire le convoqua pour

---

(1) S. 1905-3-17 et la note d'Hauriou.

(2) S. 1904-3-121 et la note d'Hauriou.

(3) S. 1905-3-113 et la note d'Hauriou.

(4) Duez. *Le développement jurisprudentiel et la responsabilité de la puissance publique*, in *Revue Critique*, 1925, p. 588 et *la Responsabilité de la puissance publique*, 1927.

une période d'instruction. Il ne répondit pas à l'ordre d'appel et fut considéré et traité pour insoumis. Aussitôt que les constatations nécessaires eurent été effectuées, l'affaire fut classée. L'autorité militaire avait fait toute diligence et n'avait, par suite, commis aucune faute de nature à engager la responsabilité civile de l'Etat. Le Conseil décida que la seule bonne foi de l'intéressé, ne suffisait pas pour lui faire acquérir droit à indemnité. (Arr. 8 juin 1917, *Rec.* p. 455.)

Dans l'affaire Poirey (25 juin 1924, *Rec.* p. 594) l'absence de diligence, que la juridiction administrative reconnût à la charge de l'autorité militaire, justifia au contraire le pourvoi. Il s'agissait d'un soldat qu'on avait incorporé à tort dans un groupe d'exclus ; malgré ses réclamations et ses protestations, on l'y maintint pendant plus de deux mois, alors qu'il eût été facile de vérifier sa situation. Le Conseil condamna le ministre de la guerre aux dépens, mais sans indemnité, car le requérant n'avait pas apporté la preuve d'un préjudice matériel ; il reconnaissait en même temps que la faute de l'administration était particulièrement grave.

Il en fut de même, mais avec condamnation à indemnité, dans une affaire Brunet (18 juillet 1919 D. P. 1920-3-3 et la note de M. J. Appleton). Un mineur s'était engagé dans l'armée sans autorisation. Dès la constatation de l'irrégularité qui viciait l'engagement, le jeune homme aurait dû être libéré. L'autorité militaire prit bien des dispositions à cet effet, mais en retarda l'application de telle sorte que le soldat prit part à un combat où il fut tué. Le fait de ne pas l'avoir libéré plus rapidement constituait une faute suffisamment grave pour engager la responsabilité de l'Etat.

La même solution fut admise dans l'arrêt Clef (13 mars 1925, *Rec.* p. 267). Le jour du 1<sup>er</sup> mai 1920, le sieur Clef avait été trouvé porteur d'une arme prohibée près la place

de la République à Paris. Il fut arrêté et conduit à la caserne du Château d'Eau pour interrogatoire. Au cours des bagarres qui avaient précédé son arrestation, plusieurs militaires avaient été tués ou blessés ; les troupes qui se trouvaient dans la Cour de la caserne étaient surexcitées, et des soldats se livrèrent à des violences sur la personne du requérant. Les chefs n'avaient pas suffisamment veillé à la discipline. Cela constituait une faute de service particulièrement grave, qui justifiait l'octroi d'une indemnité.

Le Conseil d'Etat, par un arrêt Robert Julien du 30 mars 1928 (*Rec.* p. 487) reconnut encore la responsabilité de l'Etat au sujet d'un accident d'automobile survenu du fait d'une voiture de l'armée. Le chauffeur l'avait sortie sans nécessité de service, mais l'autorité militaire n'avait pas pris les précautions nécessaires pour empêcher la sortie de ses véhicules, et c'était là faute très grave.

Mais par contre, ne constituait pas une faute suffisamment grave pour justifier d'une indemnité le cas où un militaire atteint de folie n'avait pas été surveillé avec assez de soins, de telle sorte qu'il avait pu commettre un meurtre (*aff. Vve Arnoux*, 2 août 1928. *Rec.* p. 1008).

Le Conseil statua de même dans une affaire Duchesne (*D. P.* 1920-3-1, note de M. J. Appleton) : un forçat s'était évalé au cours d'un transfèrement dont il était l'objet ; le soir même, avant qu'on eût pu le rejoindre, il avait commis un meurtre.

Par contre dans l'affaire Siraïs (*id.*) qui dénotait une faute particulièrement grave de l'administration pénitentiaire, le Conseil alloua une indemnité aux héritiers de la victime. L'administration savait où se cachaient des forçats évadés, connaissait les possibilités d'armements que ceux-ci pouvaient trouver et avait même été prévenue de la préparation de troubles ; cependant aucune mesure n'avait été prise, d'où faute très grave dont la responsabilité échoyait à l'Etat.

Dans tous ces cas qui ressortent de la police militaire ou pénitentiaire, le Conseil d'Etat estimait que seule une « faute de gravité particulière et manifeste » pouvait engager la responsabilité de l'Etat. Il se montre moins exigeant en matière de police administrative ainsi que le montrent les décisions suivantes.

Le 23 juin 1916, le Conseil eut à connaître d'un accident survenu au sieur Thévenet de Saint-Sorlin de Morestel. Le maire avait autorisé l'établissement d'un tir sans s'assurer de toutes les précautions nécessaires à la sauvegarde de la sécurité publique. Les plaques métalliques de protection se trouvaient en mauvais état et une balle les traversa dans une direction telle qu'elle blessa le requérant dans son propre domicile. Il poursuivit d'abord le propriétaire du tir, mais après une longue procédure, celui-ci apparût comme insolvable ; aussi se retourna-t-il contre la commune dont le Conseil estima que la responsabilité était engagée (*Rec.* 1916, p. 244).

Il statua de la même façon dans une affaire Lemonnier contre Commune de Rocquencourbe (26 juillet 1918, *Rec.* p. 767). Le maire avait autorisé un tir avec but flottant sur la rivière. Une balle dépassa la cible et vint blesser la dame Lemonnier qui se promenait au delà. Il s'agissait encore d'une faute grave.

Aussi ne doit-on pas s'étonner que le Conseil ait admis une solution identique dans une affaire dame Garçin, du 23 janvier 1931 (*Revue du Droit public* 1931, p. 582 et conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement, p. 571.) De notoriété publique, le sieur Jérôme, de Valensole, était un fou dangereux, et cela notamment à l'égard de M. Garçin. L'autorité administrative, maire et préfet, le savait parfaitement ; elle ne prit cependant aucune mesure de sûreté. Le fou assassina M. Garçin. La veuve et sa fille

agirent en responsabilité contre l'Etat, en invoquant une faute lourde. Le Conseil fit droit à leur demande.

On peut citer de nombreux arrêts en matière scolaire, où l'Etat a été déclaré responsable d'accidents survenus à des enfants : l'administration n'avait pas fait placer de grilles de protection à l'entour des appareils de chauffage ; des enfants s'étaient brûlés à leur contact. Cependant les règlements prévoient leur installation. L'insuffisance d'équipement décelait une grave incurie de l'administration. (Ville de Toulouse, 30 novembre 1917, *Rec.* p. 762 ; Viala et Ville de Montauban, 22 juillet 1921, *Rec.* p. 750 ; Sebault, 21 mai 1931, *Gaz. Pal.* 1931-2-419).

La juridiction administrative admet facilement que la responsabilité de l'Etat est engagée lorsqu'un service n'a pas fonctionné comme il aurait dû le faire normalement, ou lorsque l'administration n'a pas pris les précautions nécessaires pour éviter un dommage aux parties.

Les armes et munitions que détenaient les armuriers en 1914 avaient été séquestrées pendant la durée des hostilités. Le stock qui fut rendu dans ces circonstances à un sieur Gobin se trouvait incomplet et pour partie détérioré. L'intéressé demanda donc une indemnité et le Ministre de la guerre ne fit aucune difficulté pour reconnaître le bien fondé de la prétention ; mais un litige s'éleva sur le montant de la somme. Le Conseil d'Etat fut ainsi appelé à se prononcer ; il reconnut qu'il y avait faute, et que la responsabilité était engagée ; il ne se montra pas particulièrement exigeant sur la gravité des circonstances, un peu à la manière dont une juridiction judiciaire aurait apprécié la faute d'un dépositaire. (Arr. Gobin, 6 juillet 1918, *Rec.* p. 866.)

La même année, par arrêt du 2 novembre (aff. Lancien, *Rec.* p. 1123), le Conseil reconnaissait que la responsabilité de l'Etat s'était trouvée engagée dans les circonstances sui-

vantes. Le chimiste Lancien avait mis son laboratoire à la disposition de l'Etat, afin que l'administration put procéder à des expériences relatives aux combustibles végétaux. Il n'exigeait que d'être indemnisé des charges supplémentaires que ces expériences ajouteraient à ses propres frais de laboratoire. Les locaux subirent d'assez importantes dégradations dont il demanda réparation. Le Conseil reconnut la justesse de cette demande, bien que les fautes commises par le personnel ne parussent pas excessivement graves. Il faut toutefois remarquer que dans ce cas on se trouvait en matière contractuelle.

Cependant il y eut des cas où le conseil n'estima pas que le défaut d'organisation des services et le préjudice qui s'en suivit pussent justifier de la même mesure. A cet égard on peut citer deux décisions particulièrement caractéristiques.

Dans une affaire Gaillard (26 avril 1918, *Rec.* p. 395), le Conseil connût d'un cas qui pouvait passer *a priori* pour une lourde négligence. Le sieur Gaillard, négociant en alcool, avait à la date du 4 avril 1916 passé un gros marché d'alcool de grains de Russie. Le 11 mai 1916 parut un décret qui prohibait les importations d'alcool ; cependant ce texte prévoyait la possibilité d'une autorisation pour les marchés contractés antérieurement au 6 avril de la même année. Dès le 23 mai, l'intéressé avait déposé une demande d'autorisation entre les mains du ministre du commerce. L'administration ne rendit pas de décision sur cette réclamation. Le 24 juin, l'interdiction était rapportée, mais les droits d'importation subissaient une majoration qui les portait de soixante-dix à trois cents francs. Le 26 juin, le sieur Gaillard n'avait pas encore reçu l'autorisation qu'il avait sollicitée ; il se pourvut devant le conseil d'Etat. Celui-ci constata que le décret du 11 mai n'avait imparti aucun délai au gouvernement pour délivrer les autorisations. Il en conclut

que le silence n'avait pas pu engager la responsabilité de l'Etat, d'autant plus que pour des fins de police, le ministre devait s'informer de la quantité d'alcool pour laquelle on solliciterait des dérogations à la prohibition, et que, d'autre part, les décrets avaient pour but de mettre un frein aux importations de l'alcool.

L'autre arrêt porte sur un problème tout à fait différent (31 octobre 1928, *Rec.* p. 1106). Un sieur Pernot s'était présenté aux épreuves pour la délivrance du permis de conduire les automobiles. Au cours de l'épreuve il tua un homme ; les tribunaux judiciaires le condamnèrent à une lourde indemnité. Il se retourna contre l'Etat, dont le fonctionnaire, à ses yeux, aurait dû éviter l'accident, la cause ne se trouvait-elle pas dans les manœuvres imprudentes qu'on lui avait imposées ? Sa demande échoua, car, dit le Conseil, « l'instruction n'a révélé en l'espèce, dans l'organisation ou dans l'exécution du Service Public, aucune faute manifeste et de particulière gravité, qui, dans les circonstances de l'affaire, soit de nature à engager la responsabilité de l'Etat. »

Dans tous ces arrêts, on voit une appréciation de la faute qui a été commise dans le service. Sans doute, sauf peut-être dans les arrêts Baës et Gaillard, l'inaction ou la négligence est bien considérée comme une faute. Mais le Conseil en étudie chaque fois la gravité. Il s'efforce de découvrir l'importance de la défaillance non seulement en soi, mais encore par rapport à l'organisation et au fonctionnement du service public. Il apparaît nettement qu'il se montre plus sévère pour recevoir une réclamation dont le but est d'engager la responsabilité de la puissance publique du fait de l'armée ou de l'administration pénitentiaire, qui en matière de police administrative ou surtout qu'au sujet du fonctionnement

---

(1) Appleton, note au D. 1921-3-1,

d'un service public quelconque. M. Appleton avait déjà fait cette constatation en 1920 (1) et M. Latournerie la reprit en 1931 (1).

M. Appleton justifiait en outre cette anomalie en remarquant que c'était pour les actes qui touchaient du plus près au pouvoir de souveraineté que le Conseil se montrait le plus exigeant. Et en effet, les requêtes n'obtiennent jamais satisfaction à l'encontre des actes législatifs au sens formel du mot, ni à l'encontre des actes diplomatiques, ni au sujet des faits de guerre, — exception faite des indemnités pour dommages de guerre. Il en est de même au regard des actes judiciaires — sauf certaines restrictions en matière internationale. Mais la brèche s'ouvre en ce qui concerne les services militaires et pénitentiaire, elle s'aggrandit pour les fautes en matière de police, et devient étale dans les cas de gestion publique. Le détail que nous avons fait des arrêts confirme bien cette manière de voir qui, cependant, était en partie une anticipation. Les expressions de fautes particulièrement graves, manifestes, en corroborent amplement l'assertion. Cependant, il convient de remarquer que la gravité de la faute ne s'apprécie pas seulement à l'égard de l'individu, mais aussi à l'égard de la nature et de l'organisation du service.

Envisageons les cas Baës et Poiréy : la faute initiale s'y trouvait sensiblement la même. L'autorité militaire avait traité Baës comme insoumis par méconnaissance du statut véritable de l'individu ; la même méconnaissance avait provoqué l'incorporation de Poiréy dans un groupe d'exclus. Mais ce qui a donné de la gravité à la faute dans cette seconde affaire, c'est le prolongement de la situation illégale, bien que l'autorité eût été mise au courant de sa méprise. La constitution de l'armée, ses principes fondamentaux avaient

---

(1) Latournerie, Conclusions dans l'aff. Garçin, *Rev. du dr. public*, 1931, p. 571,

subi une violation dans les deux cas : mais l'une des violations reçut aussitôt un terme, et l'on peut dire que la négligence faisant défaut, la culpabilité ne put naître ; au contraire, elle dérivait forcément de la conscience que pouvait avoir l'autorité militaire d'une situation irrégulière. La même remarque trouve place au sujet de l'affaire Brunet : cependant, la responsabilité n'avait pu commencer d'exister que lorsque la supercherie du jeune soldat avait été découverte ; à compter de ce moment, il y eut prolongation coupable du temps de service ; et cela d'autant plus que sa libération du corps avait été décidée et qu'elle aurait dû être exécutée.

Le fait de n'avoir pas placé les individus dans une situation matérielle conforme à leur statut juridique, caractérise ces trois premières décisions. La loi du service était enfreinte quant à la composition du personnel et quant à la répartition des fonctionnaires. La persistance dans cet état de choses créait pour l'Etat une source de responsabilité.

Les affaires Clef et Robert Julien nous montrent un autre genre de faute capable d'engendrer un même résultat. En matière militaire, la règle relative à la composition du personnel n'est pas seule fondamentale. Il faut mentionner encore celle relative à la rigueur des rapports. Le Règlement, le Code de Justice militaire sont particulièrement strictes, sévères et explicites. D'où la gravité des fautes qui portent atteinte au principe. C'est pourquoi on peut lui comparer la matière pénitentiaire. On pourrait dire que la faute exigée pour engager la responsabilité de l'Etat est seulement grave d'un point de vue absolu, mais qu'elle est extrêmement grave par rapport au service envisagé.

Aussi voyons-nous la responsabilité écartée à l'encontre de la veuve Arnoux. Il ne s'agit plus, alors, d'une faute contraire à la nature même du service. Elle n'est qu'un cas

exceptionnel dans son fonctionnement, quelque chose de très subsidiaire à l'activité de l'armée.

Les arrêts Thévenet et Lemonnier adoptent une solution tout à fait conforme à cette règle. Le maire n'a-t-il pas essentiellement dans ses attributions le devoir d'assurer la sécurité dans la commune ? Le simple fait que pour se fixer en un lieu un forain doit en demander l'autorisation à l'autorité municipale, la nécessité d'une autorisation analogue pour l'établissement d'un tir, n'impliquent-ils pas nécessairement que cette autorisation doit être refusée au cas où il résulterait pour les habitants quelques inconvénients ou quelques dangers de l'activité projetée ? Les maires ne peuvent écarter à la légère les obligations que leur impose la loi ; sinon ils la violent. Comme ils sont présumés connaître l'étendue de leur tâche, leur négligence constitue une faute. La gravité s'en apprécie surtout d'après la non conformité du fait avec le but des attributions de la fonction, non pas à la manière dont le fonctionnaire peut se le représenter à lui-même, mais en considération de ce but en soi. Il en est ainsi à l'égard du préfet ; la loi l'a investi d'un certain pouvoir à l'égard des aliénés ; il peut craindre de le dépasser à raison de la gravité du fait ; mais dès que les conditions mises à l'exercice de ce pouvoir sont réunies, qu'elles sont évidentes et qu'il en connaît la nécessité, il doit remplir sa fonction, et le non exercice en devient coupable.

Le moyen de fonctionnement du service reçoit ainsi une très grande importance dans l'évaluation de la gravité de la faute, car ce moyen présente une conformité entière avec le but. Aussi faut-il se référer à la loi organique de l'enseignement pour comprendre les motifs qui incitent le Conseil à qualifier facilement, comme il le fait, de l'expression « faute lourde » le simple fait de ne pas avoir placé de grille protectrice auprès des appareils de chauffage. On ne peut se contenter de la raison éminemment simple d'après laquelle

il s'agit de la sûreté de jeunes enfants dont la raison n'a pas encore atteint un développement suffisant pour éviter les accidents : la puissance publique ne répare pas tous les dommages qui puisent leur source dans son fonctionnement. En dessous de ce motif en gît un second, qui lui n'a plus un caractère immédiat, mais n'en est pas moins utilitaire et conforme au but de la loi : celle-ci a rendu l'instruction obligatoire ; de nombreuses contraventions à ce principe existent déjà et ne sauraient manquer de s'accroître si la sécurité des enfants n'était pleinement assurée. Dans ce but, l'autorité a préposé à la surveillance des locaux un personnel encore plus nombreux pour la surveillance de l'enseignement lui-même ; en sus des inspecteurs, il existe les délégués cantonaux dont l'inaction est d'ailleurs presque partout assurée.

Mais là où le service ne doit fonctionner efficacement qu'au profit de gens avertis, on doit se montrer très difficile pour agréer leurs prétentions. C'est ce que démontre pleinement l'arrêt Pernot. Celui qui se prétend apte à recevoir un permis de conduire, puisqu'il le postule, ne saurait se retrancher derrière un tiers fonctionnaire s'il lui survient un accident. Engager la responsabilité de l'Etat dans ce cas aurait été une absurdité. Le but du service est d'assurer la sécurité de la circulation, et il n'y a pas de sécurité si le permis est délivré sans une épreuve suffisamment sévère ; la faute ne peut ressortir qu'au détriment du candidat qui s'est avancé à la légère. Certes « une faute particulièrement grave et manifeste » pourrait justifier la demande, mais il faudrait l'exigence de manœuvre défiant le sens commun, et qui, par là-même, ne seraient plus en conformité avec le but du service, qui par définition est rationnel et raisonnable.

Dans les autres affaires nous avons vu des préjudices manifestes. Deux d'entre eux ont reçu du Conseil une solution

normale ; la faute originaire avait résidé dans le non accomplissement des précautions élémentaires. Le service devait assurer la conservation des choses qui lui étaient confiées à temps ; cette obligation était née de la délivrance qui lui avait été imposée ou consentie ; le fait même qu'il ne s'agissait pas d'une aliénation exigeait cette solution ; l'équité l'imposait : le service aurait causé des charges exceptionnelles aux intéressés, et qui plus est, elles n'auraient pas été conformes au but recherché. Par contre l'arrêt Gaillard serait parfaitement injustifiable : le décret a porté atteinte à des situations régulièrement acquises ; la carence des services a causé un préjudice incontestable ; la levée d'interdiction et l'augmentation des droits apparaît comme une escroquerie ; cet arrêt constituerait une manifestation qui dépareillerait singulièrement l'ensemble du système en formation ; et cependant il est justifié : c'est d'ailleurs le seul où le Conseil a fait ouvertement appel à la notion de but poursuivi, qui n'avait, ailleurs, fait que transpirer.

*La responsabilité est engagée même par carence de pouvoir de décision.*

La jurisprudence montre, à l'évidence, que l'abstention peut engager la responsabilité de la Puissance publique. Dans les arrêts précédents, le Conseil a sanctionné la faute de l'Administration qui n'avait pas accompli certains actes dont elle était tenue. Tantôt il s'agissait de négligence dans l'exécution d'obligations accessoires alors que l'administration avait déjà un créancier et qu'elle ne pouvait diminuer le montant de la créance, portant sur des corps certains (affaires Lancien et Gobin) ; tantôt il s'agissait d'une absence de soins suffisants à l'exécution du service, et tel était le cas pour l'installation des calorifères d'écoles ou dans l'affaire Thévenet ; tantôt (aff. Brunet) c'était une

carence dans l'exécution d'une décision administrative ; tantôt enfin c'était une négligence telle que ce n'était plus une opération administrative qui se trouvait viciée et défectueuse, mais que la carence portait sur l'exercice même de la fonction : l'autorité administrative n'avait pas pris de décision alors qu'elle aurait dû en prendre une : c'est ce qui s'était passé pour les affaires Poirey, Lemonnier, Garçin.

Il en résulte que la responsabilité peut être admise non seulement lorsque l'administration est obligée de faire des gestes matériels, correspondant à la conception dégagée par M. Hauriou de l'opération administrative, mais encore dans le cas où il s'agit de décisions administratives, d'actes. Peu importe qu'il s'agisse d'un geste dont l'accomplissement éviterait un dommage, sans modifier aucune situation juridique, ou qu'il s'agisse d'un acte qui pourrait être modificatif. Il n'y a lieu d'apporter aucune modification selon ce dont l'administration est tenue.

Cela, c'est le principe général. Le détail échappe à cette belle unité. Lorsqu'il s'agit d'une pure opération que l'administration n'a pas effectuée, ni intégralement, ni partiellement, on se trouve en présence d'obligations qui pèsent sur les agents de toute la hiérarchie du service. La faute se trouve commise dans ce qu'on pourrait appeler le fonctionnement interne du service : elle ne modifie aucune situation juridique, mais elle ne fait pas toutes les actions conformes à cette situation, et il se produit un déséquilibre entre l'état de fait et l'état de droit. On se trouve dans un cas analogue à celui de la gestion d'affaires en droit civil. Lorsqu'un gérant commence une telle opération, il doit la conduire jusqu'au bout, et au terme, il rend compte de ses fautes. Or, dans une opération administrative, l'acte initial se trouve dûment effectué, mais les défaillances se manifestent au cours de l'exécution, qui n'est pas pleinement réalisée,

La situation est assez différente lorsque la faute réside dans l'abstention de faire un acte. Tandis que pour le gérant d'affaire, l'acte initial qui lui donnera cette qualité, n'est pas obligatoire, pour l'autorité administrative, la compétence se trouve liée, et elle doit agir. Nous avons vu que le devoir du gouvernement et de l'administration existe formellement, sous quelques modalités de réalisations. Ces modalités peuvent expliquer pour partie l'arrêt Gaillard ; la notion de but le faisait également, mais il fallait faire appel à une conception qui n'était pas purement juridique ; à vrai dire les deux notions ne s'excluent pas. Si en 1916, on peut considérer la responsabilité de la puissance publique engagée quant aux opérations administratives, il semble bien qu'on pose pour la première fois la question de savoir si l'autorité a le devoir juridiquement sanctionné de prendre une décision ; les circonstances sont éminemment défavorables à une réponse affirmative. On n'atteindra que plus tard la solution vraiment correcte.

Aujourd'hui, la responsabilité de l'Etat peut donc se trouver engagée par suite de la carence de la puissance publique dans son pouvoir de décision. Nous avons ainsi acquis trois points : le droit positif admet que l'abstention est une faute ; que par suite, il peut y avoir lieu à indemnité envers la partie lésée, sous réserve d'appréciation de la gravité de la faute ; que cette règle vaut à l'égard du pouvoir de décision lui-même. La difficulté qui pouvait faire hésiter la jurisprudence à sanctionner ainsi les fautes de l'administration n'existe même qu'à peine en matière de silence (1).

(1) Dans une note sous l'arrêt Garçin (S. 1931-3-107), M. Bonnard analyse les facteurs qui sont intervenus dans la détermination du point où la responsabilité de la puissance publique est engagée. D'une part, l'intérêt des particuliers exige que cette responsabilité soit facilement admise, sans quoi, il y aurait de nombreuses lésions sans recours. D'autre part, l'intérêt du service pose l'exigence contraire : admettre facilement la responsabilité, c'est lourdement grever les finances publiques, et c'est faire naître une gêne pour les agents qui n'oseraient pas toujours remplir les actes de leur fonction. Aussi, est-ce pour les services dont les interventions sont le plus fréquentes qu'on exige des fautes plus lourdes pour ouvrir le droit à indemnité. La crainte de commettre une faute pourrait faire omettre par les agents les actes nécessaires, ce qui serait encore une faute.

A l'heure actuelle, le principe fondamental des finances publiques est évidemment celui de l'égalité des citoyens devant les charges que provoque le fonctionnement des services publics ; le non fonctionnement d'un service peut rompre cette égalité au détriment d'un particulier ; le cas Couitéas est typique de cette situation ; sous un autre angle, il n'y a pas un fonctionnement continu et permanent du service où se produit la carence. En bonne logique, le silence serait une faute suffisante pour engager la responsabilité de la puissance publique .

VI. — LES RÉPERCUSSIONS DU SILENCE A L'ÉGARD  
DU FONCTIONNAIRE.

Le service public absorbe la personnalité de l'agent. Si le service est tenu d'accomplir un acte, le fonctionnaire légalement compétent est tenu aussi de le faire : il ne saurait pouvoir garder le silence. Existe-t-il une sanction à l'encontre de ce fonctionnaire ? Il faut distinguer selon que le grief émane d'un particulier en rapport avec la puissance publique, ou bien, au contraire, qu'il émane du service contre son représentant.

*L'abstention du fonctionnaire à l'égard de l'administré.*

En principe l'administré a affaire avec un service déterminé. Peu lui importe la personnalité du fonctionnaire. Pendant tout le temps où celui-ci agit comme organe du service, il n'a qu'une activité imputable au seul service. Cette activité est parfaitement détachée de la personne ; le fonctionnaire apparaît comme un intermédiaire de fait, dont la personnalité disparaît dès qu'on l'envisage au point de vue

juridique (1). En principe, donc, la faute ne s'impute qu'au service. Le fonctionnaire est alors civilement irresponsable.

Cependant, certaines circonstances tiennent cette règle en échec. Le fonctionnaire est tenu de réparer le préjudice qu'il a causé, lorsque, suivant le mot d'Ed. Lafférière, la faute décèle alors l'homme avec ses faiblesses. La jurisprudence a eu à connaître de nombreuses poursuites engagées par des particuliers ; elle est arrivée à un système à peu près cohérent. Nous nous bornerons à rechercher des cas où cette faute a constitué à refuser de prendre une décision : il suffit, pour nous, de savoir si la responsabilité personnelle peut alors être mise en jeu.

Une affaire nous donne d'intéressantes précisions à ce sujet (2). Au cours de la guerre de 1914-1918, le maire d'une petite commune avait refusé un permis de circuler pour des avoines : il prétextait que le requérant n'était pas un négociant en grains, et par suite, n'avait pas droit à l'obtention de ce permis ; or, il savait pertinemment le contraire, et l'avait même dénoncé à tort au parquet, pour non déclaration de stock, en exécution de la loi du 30 novembre 1917, et alors que cette déclaration avait eu lieu ; en outre, l'office départemental avait délivré une autorisation au requérant, mais le maire persista dans son refus. La Cour de Bourges reconnut qu'il y avait là une faute personnelle : « Le maire a uniquement obéi à des sentiments d'animosité, lesquels se sont à plusieurs reprises manifestés par des dénonciations injustifiées. » Le maire avait refusé d'accomplir un acte de sa fonction pour des fins étrangères à l'intérêt public.

À côté de cette décision, mais en sens contraire, on peut citer la très curieuse affaire Salzes contre Barthou et Etat

---

(1) Cot. *La responsabilité des fonctionnaires*. Th. Paris 1922, p. 208.

(2) Bourges, 13 février 1920, *Gaz. Pal.* 1920-1-223.

Français (1) dont eut à connaître le tribunal de Pau. Le demandeur était avant la guerre juge d'instruction ; au cours des hostilités, pendant qu'il était mobilisé, le conseil de guerre du XV<sup>e</sup> corps le condamna pour refus d'obéissance, et il fit un an de prison ; après la cessation des hostilités, la Cour de Cassation, statuant disciplinairement, l'exclut de la magistrature : usant du bénéfice de la loi du 29 avril 1921, il adressa au garde des sceaux, une demande afin que fut déférée sa condamnation à la Chambre des mises en accusation, et cela dans le but de faire rabattre la décision d'exclusion. Le ministre, M. Barthou, opposa un refus à ses requêtes successifs, motif pris de ce que la condamnation émanait d'une juridiction militaire ordinaire, et non exceptionnelle, et de ce que l'intéressé n'apportait aucun fait nouveau à l'appui de sa demande. Le demandeur prétendait que ces refus lui avaient causé un préjudice, et qu'il entendait en obtenir réparation ; la faute qu'il reprochait au ministre était la méconnaissance de ses pouvoirs et la violation d'une loi pénale par suite d'une erreur grossière ; mais il reconnaissait que le représentant de la collectivité n'avait pas obéi à une idée de nuisance particu-

---

(1) Tr. Pau, 19 mai 1923, *Gaz. Pal.* 1923-2-390.

(3) Dans la *Revue du Droit public* de 1909 (p. 263), M. Jèze procède d'abord à un examen minutieux de la jurisprudence du Tribunal des Conflits. Il en tire les conclusions suivantes : la faute lourde du fonctionnaire engage la responsabilité de celui-ci ; il y a faute lourde : 1<sup>o</sup> lorsque le fonctionnaire s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits (aff. Mascaras, 15 mars 1902, *Rec.* p. 209) ; Gérôme, 15 mai 1908, *Rec.* p. 501 ; Girodet, 2 juin 1903, *Rec.* p. 597) ; 2<sup>o</sup> lorsque le fonctionnaire s'est grossièrement trompé sur l'étendue des ses pouvoirs et en a abusé (aff. Uhel, 20 janvier 1900, *rec.* p. 51 ; Monlaur, 24 déc. 1904, *Rec.* p. 889 ; Mapdière, 19 mars 1904, *Rec.* p. 252) ; 3<sup>o</sup> lorsque le fonctionnaire a violé une loi pénale qui réprime le fait allégué contre le fonctionnaire poursuivi (aff. Vincent, 15 février 1890 ; *Rec.* p. ; Girodet, 2 juin 1908) ; il en est ainsi même si les faits reprochés ont été accomplis sur ordre hiérarchique. On peut aisément se rendre compte que dans l'affaire Salzes, s'il y avait violation d'une loi pénale, ce n'était pas par commission d'un fait réprimé ; quant à l'étendue du pouvoir du ministre, il eût fallu attaquer l'acte incriminé, cet acte ayant été fait par l'agent compétent.

lière. A l'appui de sa prétention, il exposait une doctrine de M. Jèze, et semblait bien l'interpréter de manière inexacte. Le tribunal se reconnu incompétent.

Il ne discuta pas au fonds la thèse de M. Jèze, et se retrancha derrière l'autorité de M. Hauriou, dont il résume brièvement la théorie, de même que celle de Duguit. Avec ce dernier, il reconnaît que le décret du 19 septembre 1870, s'il a aboli la garantie des fonctionnaires, n'a porté aucune atteinte au principe de l'indépendance de l'autorité administrative à l'égard du pouvoir judiciaire, et proclame que dès lors « il suffit que le fait reproché constitue un acte administratif ordinaire pour que les tribunaux judiciaires soient incompétents ; qu'au contraire, s'il s'agit d'un fait personnel, ils sont compétents à la condition que ce fait, sans être absolument séparé de l'acte administratif, en soit détachable selon l'expression consacrée », plus loin, le tribunal constate avec M. Hauriou, que la faute lourde du fonctionnaire n'est pas forcément détachable de l'exercice qu'il fait de sa fonction. Faisant siennes ces deux théories complémentaires, la décision adopte, pour rejeter la demande, le critère suivant : l'acte fonctionnel contient un élément de faute personnelle lorsqu'il porte sur un objet ou est déterminé par un but étranger au domaine administratif.

Ainsi, pour connaître de circonstances où un acte n'avait pas été fait, les tribunaux ont fait application de ces principes généraux. Le Conseil d'état n'avait pas connaître de ces questions de manière directe ; il effleura le problème dans l'affaire Lemonnier. Sur conclusions conformes du commissaire du Gouvernement, M. L. Blum, le conseil admit le pourvoi contre la commune en décidant que si les époux Lemonnier se voyaient accorder une indemnité par les tribunaux judiciaires, la commune serait subrogée dans leurs droits jusqu'à concurrence de la somme dont le conseil la déclarait tenue ; par là même, le conseil envisageait l'hypo-

thèse où la faute personnelle de carence dans le pouvoir de décision pourrait être admise. Mais il existe surtout une autre affaire où la matière de décision a paru pouvoir faire l'objet d'une faute personnelle : c'est l'affaire Rougegré. (1) Une association cultuelle s'était irrégulièrement formée ; des fidèles et le curé régulier de la paroisse se pourvurent contre la dévolution des biens du culte à laquelle avait procédé l'administration ; sans aucun doute, cette dévolution devait être rapportée (et c'est ce que fit effectivement l'arrêt). Mais la loi du 2 janvier 1907 remettait aux communes les édifices du culte que ne recevraient pas des cultuelles, à charge pour les communes de les tenir à la disposition des fidèles. Or dans l'affaire Rougegré, la paroisse comptait deux communes ; le président et le secrétaire de la cultuelle illégale se trouvaient être précisément les maires de ces deux communes ; cela soulevait une difficulté qu'envisagea le commissaire du gouvernement, M. Chardenet. « Messieurs, dit-il, nous nous permettons d'attirer votre attention sur ce point, et nous vous demanderons de ne pas vous borner à annuler le décret qui vous est déféré. En effet, l'association de Sains-lès-Fressins et Torcy a son siège à la mairie même de Sains-les-Fressins, et elle a comme président le maire de Torcy. On pourrait craindre qu'au lendemain de votre décision, l'association cultuelle dont nous venons de nous occuper n'essayât d'obtenir la jouissance de l'église de Sains-les-Fressins et de la chapelle de secours de Torcy, dans les conditions prévues à l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907. Assurément, si les maires des deux communes réunies pour le culte agissaient ainsi, on pourrait dire qu'ils n'ont songé qu'à faire échec à votre décision, qu'ils ont commis une faute personnelle se détachant de l'exercice de leurs fonctions, et qu'une action en domma-

---

(1) C. E. 28 juillet 1911, *Rec.*, p. 908 et conclusions.

ges-intérêts pourrait être intentée contre eux... » On ne saurait être plus catégorique pour reconnaître que la faute qui peut présider à la prise d'une décision peut engager la responsabilité personnelle de son auteur. Il s'agissait, en réalité, du refus d'accomplir une formalité imposée par la loi, et non pas laissée au pouvoir discrétionnaire.

La carence d'un administrateur peut parfaitement engager sa responsabilité personnelle. Pour cela, il faut et il suffit que l'abstention soit détachable de la fonction et de son accomplissement. Mais pratiquement il semble bien que ce résultat ne pourra être atteint que lorsque le fonctionnaire se sera abstenu dans le but de nuire. En somme dans bien peu de cas, le silence pourra apparaître comme une faute personnelle. Il s'agit d'une possibilité seulement, et sa réalisation ne semble pas devoir être fréquente. Comment s'en étonner ? Les fonctionnaires appelés à prendre les décisions et par conséquent susceptibles de garder le silence sont souvent ceux qui offrent le moins de garanties professionnelles ; nombre de maires font, en acceptant cette charge, preuve d'un grand dévouement ; l'exercice de la fonction leur est parfois difficile et la tentation de l'abstention est fréquente. Les juridictions saisies de demandes contre eux peuvent hésiter à se montrer sévères, parce que, d'une part, leur culpabilité, en son élément conscient et volontaire n'est pas grande, et d'autre part, les rigueurs risqueraient de tarir le recrutement. (1)

Les fonctionnaires qui sont normalement appelés à prendre des décisions, et qui gardent le silence, peuvent être amenés à cette attitude par des circonstances qui leur sont étrangères. On peut facilement supposer qu'ils ont reçu des ordres ou des instructions, données par des autorités supérieures. On a le choix entre plusieurs solutions. On

---

(1) Note de M. Mestre, sous 5 janvier 1921, S. 1922-1-117.

pourrait dire avec Duguit que le fonctionnaire n'est jamais tenu d'appliquer des ordres qui violent la loi (1) ; les actes qu'il fera, les décisions qu'il prendra engageront sa responsabilité comme s'il en avait eu l'initiative ; et pour être logique jusqu'au bout, il faudrait reconnaître que le silence gardé sur ordre constitue une faute personnelle si dans les mêmes circonstances il en eut constitué une en prenant sa source dans l'initiative et la libre volonté du même fonctionnaire. On sait que, dans quelques affaires (aff. Vincent, précitée ; Mohammed ben Belkassam, 11 juillet 1891, *Rec.* p. 543 ; Saffroy, 24 novembre 1894, *Rec.* p. 629), le Tribunal des Conflits a retenu la faute personnelle malgré les ordres hiérarchiques que les coupables avaient pu recevoir. Cependant, la solution que présente M. J. Barthélemy (2) semble bien préférable ; de ses constatations, il résulte que la responsabilité de l'agent existe dans les pays de droit anglo-saxon, mais qu'elle y demeure illusoire ; les tribunaux se montrent difficiles pour admettre la faute personnelle des fonctionnaires, et ils ont raison car il ne faut pas qu'un individu, parce qu'il est investi d'un poste dans l'exercice de la puissance publique, risque d'être en butte à des poursuites vexatoires devant les tribunaux ; cette théorie envisage les fautes positives, mais elle n'en convient pas moins à l'égard des fautes négatives du type silence.

L'abrogation de la garantie des fonctionnaires, comme cela est souligné dans le jugement de Pau, n'a pas fait disparaître l'impossibilité du contrôle judiciaire des actes administratifs ; l'activité administrative compétence des tribunaux judiciaires ; le silence, modalité de cette activité, doit en principe, leur demeurer étranger. Ils n'en pourraient connaître qu'exceptionnellement.

---

(1) Duguit, *Droit constitutionnel*, t. 3, p. 308.

(2) J. Barthélemy, *L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents*, in *Revue du Droit Public*, 1914, p. 491.

*Des effets de l'abstention à l'égard du service public.*

Le problème n'apparaîtra pas sous le même angle selon qu'on envisagera le silence faute personnelle ou au contraire faute de service. Cependant ce n'est là qu'une différence d'aspects, car la règle fondamentale réside dans l'obligation qui pèse sur le fonctionnaire d'accomplir les actes de sa fonction.

Nous avons vu que, dans l'affaire Lemonnier, le conseil d'Etat avait consenti à accorder aux requérants des dommages-intérêts, à la condition que la commune fût subrogée à concurrence de sa dette, dans les droits à indemnité que les tribunaux judiciaires pourraient reconnaître à l'encontre du maire pour sa faute personnelle. Cette subrogation est conforme au bon sens, de même que la responsabilité de la collectivité ne devait pas être écartée sous le fallacieux prétexte de l'éventuelle responsabilité personnelle. (1)

Dans ce cas, le patrimoine de la puissance publique n'aurait donc pas subi de préjudice du fait de l'agent ; celui-ci serait demeuré seul à en supporter les conséquences. La faute du fonctionnaire n'aurait préjudicié ni au particulier lésé, ni à la puissance publique. Mais ce principe, qui n'eût d'ailleurs pas lieu de s'appliquer, puisque toute idée de responsabilité personnelle fut enfin écartée par les tribunaux judiciaires ne saurait être généralisé. Sa justification résidait dans l'impossibilité juridique d'un enrichissement de la victime, et non l'existence d'un droit de la collectivité à l'encontre du fonctionnaire défaillant. Lorsqu'il ne peut s'agir que d'une faute de service, la puissance publique ne possède pas de recours. C'est l'application d'une règle générale facile à justifier (2). Rien ne servirait d'écarter la possi-

---

(1) Conclusions Blum, dans Lemonnier (*Rec.* 1918, p. 767).

(2) Delpéch. *Responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables*. (Mélanges Hauriou, p. 189).

bilité pour la victime de poursuivre un agent, si celui-ci était exposé à un recours après coup du service qu'il représente (1). A diverses reprises, le Conseil d'Etat a fait application de cette règle, suivant en cela l'opinion de M. Jaegerschmidt, commissaire du gouvernement : « Les ministres n'ont pas le droit de se prononcer sur la responsabilité pécuniaire des administrateurs qui ont causé des pertes à l'Etat par mauvaise gestion » (2) ; la jurisprudence paraît bien ferme : pas de responsabilité pécuniaire des fonctionnaires s'il n'existe à leur sujet un texte formel (3).

Par conséquent, lorsque la faute qui a motivé une indemnité due par la puissance publique, est une faute de service, le fonctionnaire n'en saurait être personnellement débiteur. La collectivité doit la supporter seule ; si donc, on admettait la responsabilité civile pour cause de silence elle ne pèserait que sur le patrimoine public.

Est-ce à dire que le fonctionnaire n'aura aucunement à subir les répercussions de son silence ? Il faut distinguer deux cas selon que le fonctionnaire défaillant a ou n'a pas de supérieur hiérarchique, n'est pas ou est agent subalterne.

Lorsqu'il s'agit d'un fonctionnaire de la première catégorie, sa carence sera toujours censurée. L'organisation politique sera à même d'amener un contrôle toujours, et parfois une sanction. Cette dernière présentera certes un caractère politique, mais elle n'en existera pas moins. S'il s'agit d'un ministre, la procédure parlementaire sera tout à fait normalement exercée dans ce cas. Mais notons que son efficacité sera souvent bien minime car on ne concevrait guère

---

(1) Note Hauriou sous C. E., 28 mars 1924 (Poursines) ; S. 1026-3-18.

(2) Conclusions Jaegerschmidt, dans C. E., 4 décembre 1891 (Bastier). *Rec.* p. 725.

(3) C. E., 24 novembre 1916 (Lagarde), *Rec.* p. 784 ; 28 mars 1924 (Poursines, préc.)

qu'une réclamation de peu d'importance, quoique bien fondée, pût servir de justification à une crise ministérielle ; ce ne serait admissible que si le fait se renouvelait à courte fréquence et dénotait un véritable système de gouvernement. (Encore pourrait-ce être plutôt l'indice d'une mauvaise organisation que d'une pratique d'un ministre). S'il s'agit d'un fonctionnaire élu, la sanction résidera dans la désignation d'un successeur par les électeurs ; sanction bien fragile, si on songe aux façons désinvoltes dont sont souvent victimes les caisses publiques, et à l'ignorance générale en matière de gestion des deniers publics. Enfin, on peut ajouter que si l'autorité défaillante était une assemblée élue, telle qu'un conseil municipal ou général, cette responsabilité se diluerait sur la tête de chacun des membres, de telle sorte qu'elle deviendrait réellement illusoire ; il n'y aurait plus de sanction.

Le problème est tout autre, en ce qui concerne les fonctionnaires subordonnés. Il faut faire ici une distinction fondamentale, suivant que ces fonctionnaires sont soumis au pouvoir discrétionnaire du chef de l'état, ou qu'au contraire, ils bénéficient d'un statut.

Pour les premiers, le cas le plus typique serait celui des préfets. Le préfet est essentiellement un agent du pouvoir central : il présente un caractère administratif et un caractère politique. Susceptible de déplacement ou de révocation sans que le pouvoir central ait à justifier de ces mesures, on conçoit facilement que s'il se montre insuffisant et se réfugie dans le silence, il puisse être soumis à des mesures qui sont souvent moins bien justifiées qu'elles ne le seraient alors. Il existe une véritable sanction disciplinaire qui pourrait jouer à l'encontre du préfet abstinent ; on pourrait dire la même chose en ce qui touche les gouverneurs coloniaux.

Cependant, c'est en matière municipale que le problème apparaît le plus pratiquement. Le maire peut avoir à répon-

dre de sa carence devant ses électeurs ; mais il est aussi agent du pouvoir central, et par là se trouve soumis au régime disciplinaire : le préfet peut le suspendre, et le gouvernement le révoquer. Les causes dont eut à connaître le Conseil d'Etat puisaient souvent leur source dans une abstention du maire. On peut citer l'affaire Flagnais (1) où le requérant, agissant en qualité de maire, avait refusé de réintégrer l'instituteur dans la possession des locaux et du jardin dont le conseil municipal avait dépouillé celui-ci ; l'autorité supérieure l'avait cependant mis en demeure de le faire, et sanctionna la carence par un décret de révocation ; la mesure était justifiée. Dans l'affaire Giraud (2), on vit un maire se pourvoir contre un décret de révocation basé sur ce qu'il n'avait pas obéi aux injonctions que lui avait donné le préfet de signifier une décision préfectorale portant nomination de membres de la commission administrative du bureau de bienfaisance ; le pourvoi échoua. Dans une affaire Grivel (3), le Conseil reconnut la validité d'un arrêté de suspension pris contre un maire qui ne voulait signer ni transmettre à la préfecture une décision du Conseil municipal. Egalement caractéristique est l'affaire Ader (4) : le préfet avait suspendu un maire parce qu'il n'avait pas pris les mesures que nécessitaient dans sa commune des opérations électorales ; le conseil estima la décision entreprise bien fondée. De ces constatations, il résulte que le silence, comme toute carence, peut au regard de l'administration, constituer une faute de service justificatrice de sanctions disciplinaires. Or ici, on se trouve en présence de fonctionnaires qu'on pourrait appeler en exagérant, occasionnels ; ils ne dépendent pas tant du pouvoir central que de leurs

---

(1) C. E. 2 décembre 1910. *Rec.* p. 859.

(2) C. E., 5 mai 1911. *Rec.* p. 525.

(3) C. E. 6 décembre 1912. *Rec.* p. 1157.

(4) C. E. 10 novembre 1916. *Rec.* p. 441.

électeurs. On conçoit que les mêmes règles devront s'appliquer *a fortiori* à l'égard des fonctionnaires de carrière, avec les garanties spéciales que leur accordent les lois et règlements, et au besoin avec la sauvegarde de leurs droits éventuels, conformément à la jurisprudence mise en œuvre par les arrêts le Berre et Villenave (S. 1904-3-121).

Ainsi, sans qu'en principe, les particuliers puissent rechercher le fonctionnaire qui se serait rendu coupable d'une défaillance à leur égard, l'agent qui garde le silence peut toujours encourir une sanction qui réside dans la mise en mouvement, intérieurement à l'administration, du statut disciplinaire, avec d'ailleurs, toutes les garanties dont il est normalement assorti.

## CHAPITRE III

### Du silence relativement à l'exercice de la fonction

---

Le fonctionnement nécessaire des services publics s'acomoderait fort mal du silence. Faute d'une gravité exceptionnelle, il irait à l'encontre des fins que poursuit la collectivité. La violation de ce but et celle des normes sociales qui en sont la conséquence serait inévitable si on s'en tenait à la nature du silence en soi.

#### I. — LE PRIVILÈGE DU SILENCE ET LE DÉNI D'ADMINISTRATION.

Des arrêts que nous avons déjà étudiés, il ressort que le silence est de pratique courante. Nous savons que son problème s'est posé avec une singulière acuité parce qu'on a admis le système du recours contre l'acte et parce que la décision préalable manifestait une exigence politique. Il en est sorti ce qu'on a appelé le privilège du silence. Le sens de cette expression est clair. Elle signifie que là, où l'administration ne voulait pas donner satisfaction à un particulier, elle avait un moyen simple de se soustraire au recours contentieux. Mais transportée sur le plan juridique, cette expression est absurde.

De droit commun, un privilège s'assortit de trois caractères. Il naît de la loi, il assortit une créance à raison de sa nature, et enfin nécessite le paiement en faveur de la créance

qu'il accompagne. Notons de suite que ces deux derniers caractères supposent une condition commune : l'existence d'une créance dont le privilège est l'accessoire.

On a bien remarqué le premier point : il n'y a pas de privilège sans un texte. La condition formelle apparaît comme péremptoire : mais on peut convenir que le droit ne naît pas uniquement de la loi. Que celle-ci dise formellement qu'on ne peut pas se pourvoir s'il n'y a pas de décision administrative, ou que la juridiction en dernier ressort et sans contrôle l'exige, il n'y a aucune différence pour l'intéressé. Jusqu'à la loi du 3 juillet 1900, aucun texte ne formulait cette exigence et cependant le conseil d'état était catégorique. L'argument de nature formelle ne saurait donc avoir une importance décisive. Ce premier caractère est donc loin d'être essentiel.

Mais de quelle créance peut être accessoire le silence ? Il est, tout au plus, un échappatoire à une dette. Alors que tous les privilèges tendent à assurer le paiement préférentiel d'une créance, celui-ci servirait au contraire à écarter l'exécution d'une obligation. Leur but normal tend à accroître le crédit de l'individu, à donner des garanties contre l'insolvabilité éventuelle du débiteur ; à l'égard de l'Etat, ce serait exactement le contraire. Tous les privilèges de droit commun ont un même aspect : assurer le paiement de la chose remise ou du service rendu ; il pèse au débiteur contre qui il agit. Le privilège du silence tendrait, lui, à écarter le paiement de la chose ou du service ! Singulier privilège, il aurait justement les effets que n'ont jamais les privilèges.

Le concept juridique du privilège est donc incompatible avec le fait silence. Cependant on pourrait l'accepter comme l'accessoire d'un droit ; on le retrouverait alors dans toute manifestation de la puissance publique ; il serait inséparable de la souveraineté, et constituerait alors l'un de ses modes de manifestation, la personne morale et mythique de

l'Etat aurait, pour réaliser sa toute-puissance un droit supérieur s'accordant fort bien du silence qui viendrait renforcer son efficacité.

L'objectivisation de la notion d'état ne comporte plus ces conceptions surannées. Les auteurs qui ne se rallient pas à la théorie de l'état services publics n'en emploient pas moins volontiers l'expression « déni d'administration » (1). Si l'Etat doit l'administration à tous les citoyens, on ne peut pas considérer que cette administration soit une prérogative d'une personnalité supérieure, mais bien que tous les citoyens sont égaux devant la loi, et ont un titre égal à l'usage des services publics. L'obligation imposée à l'administration de prendre toutes les décisions, que peut nécessiter le fonctionnement de tous les services publics pour tous les citoyens suppose que l'organisation collective est l'ensemble de tous les services publics. Le déni d'administration est la conséquence inévitable de leur non fonctionnement. La notion qui s'en dégage est celle d'un service, non d'un droit.

Les deux expressions de « privilège du silence » et de « déni d'administration » se présentent donc comme antimomiques ; elles correspondent aux deux théories opposées de l'Etat. La première était acceptable au temps où on admettait intégralement la souveraineté ; elle ne l'est plus si on admet la limitation de la puissance collective par le droit. C'est ce que fait pourtant le droit positif. Réprimant les fautes, même de l'administration, il ne pouvait pas en couvrir une qui encourrait la qualification de déni.

Il fallait une sanction : elle était facile à trouver. Pour cela, il suffisait de considérer le silence non plus en lui-même, mais relativement aux individus ; la notion de déni d'administration le fait implicitement. Ne pas prendre une

---

(1) Berthélemy. *Loc. cit.*

décision qui s'impose, c'est maintenir un état de fait et de droit sans aucun changement ; c'est ne pas tenir compte de la réclamation qui a été envoyée. La situation est en fait, la même que s'il y avait un refus. La solution juridique était facile : il n'y avait qu'à mettre le droit en harmonie avec le fait ; aujourd'hui, légalement et en l'absence d'une présomption contraire, le silence vaut refus ; dans quelques cas, cependant, le silence a la signification contraire.

Toutefois la solution du problème ne pouvait pas être la même lorsqu'il s'agit d'un silence qui se manifeste au cours du fonctionnement des organes affectés au service public, cas qui se présente notamment lorsque plusieurs administrations sont appelées à coopérer. Chacune des administrations principalement compétente trouve dans le silence une approbation qui est légale.

D'ailleurs, la pratique silence encourerait condamnation même si on conservait le culte périmé de la souveraineté, droit supérieur, qui se heurterait comme les autres à la théorie de l'abus du droit ; les tribunaux en font un usage, moindre que ce qu'il pourrait être, et la doctrine, à la suite de M. Josserand, l'y encourage. La puissance publique n'a de raison d'être que dans le but qu'elle poursuit ; ses prérogatives ne tendent qu'à l'atteinte de ce but.

## II. — LE BUT DE LA PUISSANCE PUBLIQUE.

L'existence de l'organisation collective suppose qu'elle a une fin et qu'elle doit la réaliser. A cet effet, les juristes ont posé le principe que les services publics doivent fonctionner de manière générale, permanente et continue. Cette règle doit avoir son pendant à l'égard des individus qui représentent l'organisme social, ils possèdent une compétence qui s'impose à eux, car elle est une fonction et non une prérogative.

*Le but de l'organisation collective.*

Lorsqu'on dit que l'état doit procurer l'administration, la justice et la culture, on envisage les moyens qu'il a de parvenir à son but et non sa fin en soi, la notion de celle-ci est variable, et fonction à la fois du degré de civilisation atteint, et de la composition économique et sociale de ses ressortissants. En même temps qu'il groupe les services publics, dont la notion coïncide avec celle de l'intérêt général, il assure le maintien d'un ordre de choses donné, au besoin par la contrainte. Ainsi, ses représentants déterminent le concept officiel de l'utilité générale. Dans l'entité état existent des éléments permanents absolus ; mais le système de civilisation ne présente pas ces caractères, il est en progrès constant, et il imprègne l'état de ses caractères. Si on recherche les éléments de l'activité étatique, on s'aperçoit qu'elle tend à assurer l'ordre.

Les différents aspects du but de l'organisation étatique sont déterminés par la législation. Le but total ne se réalise pas intégralement, car de nouveaux buts partiels se décèlent journellement. Le législateur ne fait souvent que les indiquer ; l'administration sous ses multiples formes pourvoie à la tâche qui lui est ainsi tracée. Elle est tournée vers un but supérieur et extérieur à elle-même. Son activité est obligatoire, et sa compétence liée. Elle gère les affaires du public ; elle doit le faire de manière à atteindre le but que la collectivité lui a fixé ; peu nous importe à cet égard qu'elle jouisse d'une certaine autonomie ; elle peut être libre dans le choix des moyens et du moment pour atteindre le but ; elle ne l'est pas d'écarter la règle que lui a donné la loi. L'objectif que la collectivité impose à l'administration justifie seul le fonctionnement de celle-ci. Elle doit se tourner entière vers ce but. Tout le contentieux de l'excès de pouvoir puise sa source dans cette constatation. Le service

tend obligatoirement à la satisfaction de l'intérêt public. Quelle que soit son attitude, sauf le cas de violation flagrante de son statut, il faut voir un fonctionnement normal et régulier. Le fait qu'il ait un but imposé nécessite l'activité en vue de laquelle il a été créé, il y pourvoit même à l'aide du silence.

Sans cela, les conséquences du silence pèseraient trop lourdement tant sur la collectivité que sur les agents : le service aurait en fait fonctionné et dans un but autre que le sien ; la règle du service ne serait pas satisfaite et il y aurait une véritable résurrection de l'arbitraire en opposition absolue avec la conception actuelle de l'organisation politique. Mais le service est une abstraction qui n'agit pas par elle-même : elle fait au moyen des fonctionnaires.

#### *Le but de la fonction publique.*

La volonté du fonctionnaire, dans l'exercice de sa compétence, n'est pas libre. La fonction lui fixe un but, et les règlements déterminent les modalités d'exercice. Lorsqu'il agit, le fonctionnaire le fait consciemment et volontairement. Puisqu'il connaît sa tâche, et qu'il doit assurer le fonctionnement permanent et continu du service public, il a, en tant qu'homme, la possibilité de choisir entre les attitudes qu'il peut adopter, mais il n'a, en tant que fonctionnaire, que la possibilité de faire fonctionner le service, et le domaine de sa volonté se trouve restreint à ce qui est conforme à cette nécessité. Il a donc le choix des moyens qui lui permettront d'atteindre au but que lui impose une autorité extérieure, à laquelle il n'a pas toujours adhéré volontairement, comme c'est le cas pour le soldat. Il n'a pas celui des moyens qui paralyserait le fonctionnement du service. Il est libre dans l'action conforme au but ; il ne peut aller à l'encontre de la règle du service.

Cela provient de l'absorption de sa personnalité par le service qu'il représente. La volonté générale a déterminé le genre d'activité que devrait exercer le fonctionnaire. L'organisation et la gestion du service ont leur source dans la loi. La volonté qui commande au fonctionnaire demeure dans la collectivité. La volonté du fonctionnaire n'est donc qu'un intermédiaire, entre la volonté générale et l'activité du représentant de la société. Sans être liée dans toutes ses modalités, elle est, peut-on dire, en résonnance ; elle conserve un simple pouvoir d'appréciation des circonstances ; elle ne peut pas passer outre aux exigences de la loi ; elle n'est donc pas libre.

La traduction de ses principes dans le domaine juridique se résoud dans l'obligation pour le fonctionnaire d'accomplir les actes de la fonction. Selon la formule de M. Zèze (1), « la fonction a été organisée dans un but d'intérêt public ; il importe essentiellement que ce but soit atteint ; il ne peut être mis en échec par le caprice, l'intérêt personnel, la mauvaise volonté du fonctionnaire. » La non exécution des attributs de la fonction pourrait constituer une faute ; mais à y regarder le plus près, il y a dans le silence une modalité d'exercice de la fonction. Le fonctionnaire n'agit pas pour lui-même : lorsqu'en tant que tel, il s'abstient, son abstention est imputable encore au service. Il a maintenu les choses dans leur état, et par voie de décision formelle, il en avait parfaitement le pouvoir. Par conséquent, il n'a, en fait, qu'exercé sa compétence. Le moyen qu'il a employé n'est pas élégant. Néanmoins, cette imputation n'est pas toujours possible.

La technique juridique a eu à faire application de ces principes notamment en 1922 et 1931. Il s'agissait de mem-

---

(1) Zèze, *Essai d'une théorie générale de l'abstention*. R. de D. P., 1905, p. 764.

bres représentants du personnel qui avait refusé de siéger dans des commissions de discipline ; ces dernières avaient néanmoins statué. Le conseil déclara leur décision régulière : la carence des fonctionnaires aurait en effet paralysé le fonctionnement d'une institution de caractère essentiel pour le service dont la commission est l'accessoire. La carence du fonctionnaire ne justifie pas celle de l'administration. Ici, les membres de la commission avaient substitué leur volonté à celle de la collectivité ; ils avaient agi comme représentants d'autres intérêts que les intérêts généraux.

Au lieu d'envisager la carence totale, on peut envisager celui où le fonctionnaire a siégé, mais s'est réfugié dans le silence. Le cas s'est présenté en 1906, dans une affaire Mathieu. Un candidat à l'agrégation de médecine s'était pourvu contre une décision du ministre de l'instruction publique qui ne l'avait pas investi de la chaire pour l'attribution de laquelle avait eu lieu le concours. Le jury l'avait admis à la majorité des votants, sans cependant que la décision fut prise à la majorité absolue des membres du jury ; il n'y avait eu qu'un seul tour de scrutin. Le conseil fit application de la règle selon laquelle il faut interpréter le silence chaque fois que c'est possible. Les membres du jury qui s'étaient abstenus n'avaient certainement pas voulu voter pour. Investis du pouvoir de se prononcer, ils en avaient l'obligation : par suite, il fallait nécessairement donner à leur silence une signification négative.

Nous voyons maintenant qu'il existe un concert parfait entre les nécessités logiques, les données doctrinales et les solutions de droit positif en notre matière. La méthode consiste à rechercher le but de l'institution dans laquelle s'est produit l'accident du silence. Faisant tendre l'activité du fonctionnaire vers ce but, on obtient la signification du silence. Toutefois, il peut apparaître que le but de deux normes juridiques soit opposé ; en principe, c'est l'institution

dont bénéficie la collectivité entière qui paraît devoir l'emporter ; en général, c'est bien ce qui se produit. Néanmoins, il se peut qu'on voie dans la prérogative individuelle l'une des bases de l'organisation politique et sociale, et par là-même, celle-ci se trouve conforme à l'intérêt supérieur de la collectivité. Certes, de telles exceptions ne sont possibles qu'en vertu d'une loi, puisque la loi a créé le service public et déterminé son but et ses moyens, et que les exceptions à la règle marquent la limite de validité de celle-ci. Nous verrons qu'il en est bien ainsi et que parfois le silence ne s'interprète pas d'une manière défavorable à l'individu, et cela en vertu d'une règle légale.

Le fait pour l'autorité d'adopter une attitude purement passive et de ne pas prendre de décision formelle apparaît comme un moyen commode. Il se rencontre par trop fréquemment. On peut à titre d'exemple, prendre le recueil des arrêts du Conseil d'Etat de 1924 : ce n'est pas moins de quatre-vingt-sept arrêts qui ont été rendus sur des décisions implicites de rejet ; en 1925, le nombre fléchit de quatre unités, mais il remonte à quatre-vingt-douze en 1926. Or, si on considère le détail de ces décisions, on constate que le plus grand nombre des cas de silence est imputable au ministère de la guerre, puis, mais dans une bien moindre proportion, aux communes, que suit de près le ministère des finances. Près du tiers des pourvois concernent, en effet, le ministre de la guerre, et un peu plus du tiers les recours dirigés contre le silence du ministre des finances et les conseils municipaux. Le cas apparaît plutôt comme exceptionnel dans la vie des autres administrations. A vrai dire ce n'est que depuis 1923 que le ministère des finances s'est rallié de manière courante à cette façon de procéder, et il ne l'emploie guère qu'en ce qui touche aux indemnités pour perte de loyers. En ce qui concerne les communes, le nombre de tels recours apparaît comme faible si on songe au

nombre total de tous ceux qu'elles ont à soutenir : encore s'agit-il le plus souvent d'accidents dus à l'ignorance de leurs fonctionnaires (alors qu'on ne peut pas voir dans ce phénomène la cause du silence des administrations d'Etat). Reste le cas du ministère de la guerre qui atteint le record du silence. Sans doute son personnel ne suit-il pas les modes ordinaires du recrutement en vigueur dans les autres administrations, et emprunte-t-il de nombreux agents aux cadres de l'armée ; c'est là une cause matérielle qui agit de manière double d'abord parce que leur formation n'est pas celle des bureaux, ensuite parce que le respect des ordres hiérarchiques, — le *perinde ac cadaver* — finit par revêtir un caractère presque mystique, les attributions du ministre ; et cela même à l'égard du personnel même intérieur du ministère ; en réalité il s'agit là de la plus caractéristique survivance de l'état de choses auquel le législateur de 1900 a voulu remédier.

## CHAPITRE IV

---

### **Interprétation donnée au silence dans les rapports des particuliers et de l'administration**

La signification qu'il faut donner au silence est toujours indiquée par la loi. Elle peut ne pas demeurer la même. Le système qui existe dans le droit positif français est assez souple. Nous ne l'envisagerons, dans ce chapitre, que dans le cas où le particulier possède une situation extérieure à l'administration et non lorsqu'il apparaît comme intégré au fonctionnement de la puissance publique.

#### **I. — LA DISPOSITION FONDAMENTALE DE LA LOI DU 17 JUILLET 1900 (Article 3)**

Ce texte s'énonce de la manière suivante : « Dans les affaires contentieuses qui ne peuvent être introduites devant le Conseil d'Etat que sous la forme d'une décision administrative, lorsqu'un délai de plus de quatre mois s'est écoulé sans qu'il soit intervenu aucune décision, les parties intéressées peuvent considérer leur demande comme rejetée, et se pourvoir devant le Conseil d'Etat. Si des pièces sont produites après le dépôt de la demande, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces. La date du dépôt de la réclamation et des pièces est constatée par un récépissé délivré conformément aux dispositions de l'article 5 du Décret du 2 novembre 1864. A défaut de décision, ce récépissé doit,

à peine de déchéance, être produit par les parties à l'appui de leur recours au Conseil d'Etat. Si l'autorité administrative est un corps délibérant, les délais ci-dessus seront prorogés s'il y a lieu, jusqu'à l'expiration de la première session légale qui suivra le dépôt de la demande ou des pièces. »

Ce texte très général constitue la règle fondamentale du système reçu lorsque l'administration garde le silence à l'égard d'un tiers. Il équivaut à un rejet de la réclamation. C'est parfaitement logique : le silence de l'administration a pour effet de laisser l'affaire en l'état. La situation de l'intéressé demeure exactement la même que celle qu'il avait avant la réclamation : aucun acte ne vient la modifier.

Il est une traduction sur le plan juridique de la norme sociale en vertu de laquelle l'administration a le devoir d'assurer d'une façon générale et continue les services dont elle est chargée, et de cette seconde norme, corollaire de la première, qui fait un devoir aux fonctionnaires d'accomplir les actes de leur fonction. Notamment, elle leur impartit de ne pas garder le silence et de prendre les décisions nécessaires pour faire naître la situation qui permet à l'intéressé de se pourvoir devant les juridictions.

Cette règle vaut à l'égard de tous les fonctionnaires saisis d'une réclamation contentieuse. Mais elle est présentée d'une façon maladroite et son énoncé ne correspond qu'imparfaitement aux normes dont elle est le reflet. Par suite, si l'application en avait été prise à la lettre du texte, l'efficacité de la réforme se serait trouvée facilement restreinte. Aussi n'est-ce pas tant la loi que son principe et son ressort que le Conseil d'Etat a entendu assurer. Il a voulu que les agents ne croient pas en leur pouvoir de paralyser l'action de la règle, et qu'ils se croient en conséquence autorisés à violer la norme fondamentale qui correspond à leur raison d'être. Le seul fait de tourner les exigences établies par le législateur aurait abouti à ce résultat,

*La constatation du dépôt de la réclamation.*

Le législateur a voulu maintenir la nécessité de la décision préalable. Des raisons d'ordre utilitaire justifient cette exigence. Mais le moyen qu'il avait trouvé n'était guère efficace pour obliger l'administration à remplir son devoir. Le réclamant doit formuler son exigence préalablement à tout débat contentieux. La preuve de la réclamation au dire de la loi, réside dans un récépissé que l'administration délivre lors du dépôt de celle-ci. Pour se soustraire à ses obligations et au contrôle juridictionnel, les agents ne pouvaient manquer de songer à refuser la délivrance de ce récépissé. Par là-même la règle serait devenue inefficace, du moins pouvait-on le croire.

Le premier cas qu'on puisse signaler où l'administration a fait une tentative de ce genre, se trouve dans l'affaire Zill-Désilles (arr. 7 août 1905, S. 1906-3-129). Il s'agissait d'un recours pour abus en matière ecclésiastique. L'abbé Zill-Désilles venait d'être frappé d'interdit par l'évêque de Séez et l'archevêque de Rouen ; le ministre n'avait pas voulu recevoir sa réclamation, ni par suite délivrer le récépissé. L'abbé Zill-Désille fit constater ce refus par ministère d'huissier. Le refus était d'ailleurs motivé de ce que la réclamation en matière d'abus n'aurait pas eu un caractère contentieux. Aussi l'intéressé engagea-t-il deux recours devant le Conseil d'Etat : l'un pour lui soumettre l'abus ; l'autre pour lui faire annuler la décision de refus de récépissé. Le Conseil d'Etat reconnut que le recours comme d'abus était véritablement contentieux, et décida que le ministre avait le devoir juridique de délivrer un récépissé lorsqu'il était saisi d'une réclamation en matière contentieuse. Par suite il reçut l'abbé Zill-Désilles en son recours comme d'abus, car l'absence de récépissé n'entravait pas le requérant : celui-ci avait satisfait aux conditions exigées par la loi du

17 juillet 1900. Le fait de la réclamation et la date de son dépôt étaient prouvés par l'exploit d'huissier.

En 1911, le Conseil confirma sa jurisprudence par un arrêt du 3 février (Nicollet, S. 1913-3-95). Il s'agissait d'un candidat à l'Ecole des Eaux et Forêts, qui venait en rang utile sur la liste des admissibles pour bénéficier d'une place vacante du fait que l'un des candidats admis ne présentait pas les aptitudes physiques nécessaires. Ce candidat adressa donc une réclamation au ministre de l'agriculture ; celui-ci lui refusa le récépissé prévu par la loi ; le candidat fit constater ce refus par exploit d'huissier.

Le Conseil admit la même solution dans une affaire Dagassan (arrêt du 17 novembre 1911, *Rec.* p. 1052). L'intéressé avait adressé au Conseil Municipal de Marmande une demande d'indemnité. Il ne reçut pas de réponse et se pourvut devant le Conseil d'Etat. Celui-ci statua en s'arrêtant au fait que le Maire de Marmande avait visé l'exploit d'huissier qui constatait le refus de récépissé et par lequel le sieur Dagassan demandait une indemnité de quatorze cent quarante francs ; dans ces conditions la commune n'était pas fondée à soutenir que la requête était irrecevable, faute par le sieur Dagassan d'avoir produit le récépissé prévu par la loi du 17 juillet 1900.

Cette dernière décision se produisit donc dans un cas où non seulement l'intéressé avait fait dresser un constat, mais où le maire avait reconnu que la réclamation lui avait été soumise. Le Conseil estima, d'ailleurs, par la suite, que l'aveu de cette demande par le représentant de l'administration suffisait. (Aff. Gauron, 21 novembre 1913, *Rec.* p. 1125). Le gendarme Gauron avait reçu l'avis que le Ministre de la Guerre avait sursis à prendre une décision tendant au passage de l'intéressé dans la réserve ; il réclama mais n'obtint pas de réponse ; il se pourvut devant le Conseil d'Etat. Lors de la communication du dossier, le Ministre

reconnut que la réclamation lui était effectivement parvenue ; aussi le Conseil ne lui permit-il pas de s'abriter derrière l'absence de récépissé pour faire écarter la requête.

Dans cette série d'affaires, la haute juridiction s'était montrée très libérale pour accueillir les pourvois. Cependant, elle devait faire plus encore, puisque pour preuve du dépôt elle n'exige même pas un acte à caractère authentique ou un aveu judiciaire. Dans un arrêt Carrère (14 novembre 1905, S. 1907-3-111) et dans un arrêt Dumont (27 mars 1920, S. 1923-3-1) il lui suffit que la preuve de la réclamation soit rapportée, à l'aide de récépissés de lettres recommandées accompagnées d'accusés de réception. Le dernier de ces arrêts présente des considérants très détaillés, qui font de lui un arrêt de principe ; le mieux est de le citer : « considérant que la loi du 17 juillet 1900, par son article 3, a eu en vue de faciliter aux justiciables l'exercice des recours contentieux devant le Conseil d'Etat, pour la défense de leurs droits, en empêchant que les administrateurs puissent par leur silence sur les réclamations dont elles sont saisies, mettre les réclamants dans l'impossibilité d'introduire une action en justice, que la difficulté à laquelle la dite loi a entendu remédier subsisterait toute entière si lesdites administrations pouvaient, en ne délivrant pas de récépissé, empêcher de courrir le délai de quatre mois à l'expiration duquel le pourvoi peut être formé ; qu'il suit de là que la disposition qui oblige le requérant à fournir, à défaut de la décision attaquée, le récépissé de sa demande, doit être entendu comme n'ayant d'autre but que d'exiger une preuve certaine que la réclamation a été remise à une date déterminé à l'autorité compétente ; qu'il appartient au juge d'apprécier, d'après les éléments de la cause, si le requérant apporte cette preuve, et si en conséquence, le délai de quatre mois a pu courrir à partir de cette date ;... » Il en résulte que le Conseil d'Etat ne voit pas autre chose dans l'exigence

du récépissé que celle d'une preuve, mais ce moyen ne constitue pas le seul dont on puisse faire usage. Il est le mode normal, ordinaire, mais il serait insuffisant chaque fois que l'administration entend user de toutes les ressources qu'offre la force de l'inertie. Le législateur a entendu mettre un terme aux abus des agents et offrir aux particuliers un moyen de forcer les services publics à fonctionner normalement. Si le Conseil s'était cantonné à la lettre du texte, s'il n'avait pas eu en vue la volonté bien nette du législateur et la norme vers la réalisation de laquelle elle était tendue, les particuliers se seraient heurtés à une nouvelle entrave, et les difficultés n'auraient été que déplacées, et sans doute même pas reculées.

C'est ce que M. Hauriou met en évidence dans sa note au *Sirey* sous ce dernier arrêt. Sans cette manière de voir, la réforme demeurerait illusoire. L'administration n'aurait pas manqué de refuser le récépissé, dit-il, et aucun pouvoir ne pouvait la contraindre à le délivrer. Cela soulève, d'ailleurs, une difficulté sur laquelle il nous faudra revenir à la fin de cette étude. M. Hauriou note encore que la date du récépissé, ou de ce qui en tient lieu, fait courir le délai de quatre mois ; mais ce n'est là, à vrai dire, que des constatations extérieures au refus. Pour déterminer ce qu'est sa nature, il faut se référer à une note du même auteur, sous l'arrêt *Zill-Désilles*. Le refus de délivrer le récépissé constitue en lui-même une décision administrative dont la preuve peut être établie par les moyens que nous venons de voir. Puisqu'il s'agit d'une décision un recours s'ouvre contre elle ; ce recours peut aboutir à une annulation, si le refus était mal fondé, c'est-à-dire s'il s'agissait bien d'une décision contentieuse. La conséquence logique en est que l'administration ne pourra pas reprocher, non plus, au requérant de ne pas présenter de récépissé à l'appui de ce pourvoi. C'est de ces éléments que se trouve composée la règle admise par le

Conseil d'Etat. Seule une analyse pénétrante pouvait les dégager : elle eut lieu à l'occasion de la première décision rendue en cette matière. Le problème fut d'ailleurs facilité par l'existence des deux recours qu'avait introduits l'abbé Zill-Désilles, et par le souci d'interprétation d'un texte nouveau.

### *Les Requêtes Précoces.*

Lorsqu'il s'était agi d'interpréter le texte en vue de déterminer le moyen de preuve que le requérant devait employer, le Conseil d'Etat l'était attaché à assurer l'efficacité de la règle selon laquelle les agents ont le devoir juridique de remplir leur fonction. Mais d'autres difficultés nées des choses elles-mêmes, allaient se manifester. Les solutions admises sont avant tout utilitaires. Il a fallu, pour en arriver là, faire montre d'un libéralisme plus grand qu'en ce qui concernait les récépissés. Aussi n'y est-on pas arrivé d'emblée.

On lit, en effet, ces considérants dans une affaire Lamy, le Coadet et autres (29 avril 1904, *Rec.* p. 351) : « Considérant (d'autre part) que si, en l'absence de toute décision du Préfet sur leur réclamation, il appartenait aux sieurs Lamy, le Coadet et autres de saisir le Conseil d'Etat par application de l'article 3 de la Loi du 17 juillet 1900, c'était seulement à l'expiration du délai de quatre mois précité ; que dès lors, elle n'est pas recevable ; .... » Le Conseil estimait que le délai était de rigueur, et qu'il constituait un minimum intangible ; mais à peine deux ans s'étaient écoulés depuis la promulgation de la Loi.

Par la suite, le nombre des cas de silence déferés au Conseil d'Etat devint considérable. Or il faut reconnaître qu'il y a peu d'exemples dans lesquels on vit une réponse tardive

faire droit à une réclamation. D'autre part et d'une manière très générale, le nombre des recours dont avait à connaître le Conseil d'Etat s'était accru de telle sorte que les arrêts ne pouvaient être rendus que quelques six mois après l'enregistrement des requêtes. Aussi assistons-nous à un revirement de cette jurisprudence dès 1911 (arr. Pamart, 21 décembre 1911, *Rec.* p. 1240.). Rien, dans le corps de l'arrêt ne le dénote ; la solution est implicitement admise du fait qu'il existe une décision au fonds : cependant l'enregistrement de la requête avait précédé l'expiration du délai de quatre mois et le Commissaire du Gouvernement, M. Pichat, avait examiné la question dans ses conclusions : l'arrêt apparaît bien comme rendu en connaissance de cause.

Mais il ne faudrait pas croire que ce résultat fut acquis d'un seul coup. Pendant l'intervalle qui sépare les deux arrêts précités, on peut relever deux autres décisions qui ont préparé la voie.

Le premier fut rendu dans une affaire Cadet (16 mars 1907, *Rec.* p. 265). Afin de bénéficier de la dispense de service militaire, dont jouissaient alors les ecclésiastiques, l'abbé Cadet, de Choisy-le-Roi, demandait au ministre des Cultes le visa du certificat qui lui était nécessaire en la circonstance ; le ministre n'accorda pas ce visa ; l'intéressé fut appelé sous les drapeaux, et se pourvut devant le Conseil d'Etat. L'incorporation et la déclaration produite par le ministre sur la communication du pourvoi équivalaient à un refus formel. On pouvait le déduire facilement des faits eux-mêmes, et particulièrement de l'exécution incontestable de la décision prise et rendue par le Ministre de la Guerre. La décision existait de ce jour qui était antérieur à l'introduction de la requête. C'est dans ces circonstances que le Conseil fut amené à accomplir le premier pas.

Le second est de peu antérieur à l'arrêt Pamart. Le Conseil avait été saisi d'une réclamation émanant d'un sieur

Guéland, relevé brusquement de ses fonctions de dactylographe du Conseil Général de la Côte d'Or. Celui-ci n'avait même pas fait de réclamation ; il n'y procéda que par la suite ; et après un délai de quatre mois de silence, il fit enregistrer une seconde requête. Le Conseil joignit les deux et statua. Cependant les circonstances étaient nettement plus défavorables que s'il s'était agi d'une réclamation introduite entre le jour de la réclamation et l'expiration du délai de quatre mois.

Depuis lors la jurisprudence semble bien définitivement fixée. Dans deux arrêts (Dumont, précité et Jouanne, 26 novembre 1924, *Rec.* p. 1125), le Conseil l'a affirmée. Il s'est borné à constater que l'autorité a gardé le silence pendant plus de quatre mois à compter de la date où a eu lieu la réclamation. De telle sorte que nous voyons le délai de quatre mois ne pas figurer comme un délai de procédure « *stricto sensu* ». Il est un élément constitutif de décision. Au lieu que celle-ci prenne corps instantanément, elle s'accomplit par le travail du temps. Il vaudrait même mieux dire que le trait du temps a l'aspect d'un délai imparti à l'administration pour statuer, et qu'à son expiration, il existera à son encontre une présomption qui ne saurait naître plus rapidement. A vrai dire, le silence prolongé n'est pas une décision ; il laisse seulement présumer qu'il y a rejet. (1)

C'est bien ainsi que l'on semble l'apprécier à l'étranger. Aucune disposition analogue à la loi du 17 juillet 1900 n'existe en Italie ; cependant l'organisation de la juridiction administrative y a été calquée sur celle qui existe en France. L'absence de disposition relative au silence y présente, par suite, tous les inconvénients que nous avons con-

---

(1) Carré de Malberg. *Loc. cit.*

nus. La jurisprudence a essayé d'y remédier. (1)

L'auteur qui ne critique pas le fondement de la décision, déplore que le Conseil eut à interpréter le silence d'une manière extra-légale. Il regrette qu'il n'existe pas de solution législative comme cela existe en France : il voudrait que la loi fixe un terme à l'expiration duquel le silence prendrait une signification, et qui allant plus loin permettrait même au tribunal de proroger ce délai. Par conséquent, dans l'esprit de ce juriste le silence ne fait qu'apporter une présomption, et il n'y aurait pas dans cette hypothèse un élément constitutif de décision.

L'existence de la présomption ne peut pas être infirmée par le fait que le requérant s'est pourvu de manière précoce. Somme toute, dans le silence, il y a une inactivité contraire à la règle fondamentale du service. Les circonstances extérieures à ce silence, bien qu'elles soient connexes, sont et demeurent indépendantes du requérant. L'administration peut rendre le recours caduc : il lui suffit de prendre une décision.

#### *La durée du délai de recours.*

La possibilité d'un recours prématuré est la conséquence de ce que le silence a un rapport immédiat avec l'activité de l'administration ; et un rapport médiat seulement avec la réclamation du requérant. Il existe une seconde conséquence. Le Conseil la formula de très bonne heure.

---

(1) *Enciclopedia Giuridica Italiana*. Art. Silenzia, § 25. On lit en effet, « que le Conseil d'Etat italien avait une fois interprété le silence de l'administration comme un rejet, et alors que les données de l'affaire accordaient toute vraisemblance à une telle signification. » « Il fatto che un ministro si astenga dal procedere alla nomina ad un impiego in seguito a concorso, o non ostente ripetute istanze, anche in forma di reclamo dell'interessato ; ... costituisca manifestazione di volontà idonea a dar luogo ad un provvedimento impugnabile... sebbene la risoluzione di non procedere alla nomina non sia mai stata concreta in una dichiarazione espressa e tanto meno scritta. »

L'affaire Ducreux (arr. 7 août 1905, S. 1906-3-129) présente des particularités curieuses. Le sieur Ducreux, fonctionnaire de la Ville de Calais s'était vu supprimer son emploi. Il avait d'abord introduit une demande devant les tribunaux judiciaires qui avaient dû déclarer leur incompétence. Puis, il adressa une réclamation au Conseil Municipal qui la rejeta. Il la renouvela bien postérieurement ; ni le Maire, ni le Conseil ne prirent aucune décision, estimant la première suffisante. Aussi l'intéressé se pourvut-il devant le Conseil d'Etat. De droit commun, on ne peut se pourvoir contre une décision confirmative d'une décision antérieure, si les délais pour se pourvoir contre la première sont expirés. Or le Conseil d'Etat admit le pourvoi. En effet, Ducreux n'avait reçu aucune notification de la première décision, et par suite, le Conseil considéra que cette première décision valait silence ; la seconde réclamation avait été formulée pendant le silence, qui, à l'égard de Ducreux, avait suivi la première.

D'autre part, le législateur n'a formulé aucune disposition aux termes de laquelle les recours contre le silence seraient enfermées dans un délai de deux mois à dater de l'expiration du délai de quatre mois.

Ce motif se retrouvera par la suite invariablement le même et dans la même forme. Il figure notamment dans les arrêts Monteux (7 mai 1909. S. 1910-3-693) (1). Compagnie du Chemin de fer Métropolitain de Paris (4 février 1910, *Rec.* p. 99), Bière (26 mars 1920, *Rec.* p. 68). L'arrêt « Cie du Chemin de Fer Métropolitain » présente une particularité dont il faut faire mention. Le Préfet de Police avait pris une ordonnance exigeant une inspection du matériel roulant lors de chacune des arrivées des rames aux terminus,

---

(1) Il s'agit du deuxième arrêt rendu à la même date sur requête du même demandeur.

afin de vérifier s'il ne s'était pas produit d'échauffement aux essieux ; la compagnie s'adressa au Ministre des Travaux Publics, par la voie du recours hiérarchique ; le Ministre garda le silence ; au bout de quatre mois, la société se pourvut, et le Conseil admit le pourvoi (d'ailleurs pour prononcer un débouté au fonds) bien que l'administration eût excipé de l'extinction qu'avait subie la possibilité de recours contre la décision dans les deux mois de son prononcé.

Cela ne peut que confirmer le point de vue exposé par M. Hauriou, dans sa note au Sirey sous l'arrêt Dumont : le fait de recevoir un pourvoi formé contre le silence pendant un délai supérieur à deux mois, et sans limitation, pourrait-on dire, démontre bien que le silence n'est pas complètement assimilé à une décision administrative. Et il ajoute que cela provient sans doute de la difficulté de faire courir un délai, puisque la décision ne se trouve ni publiée ni notifiée. Toutefois, ce n'est pas là tenir compte des circonstances de l'arrêt de la Compagnie du Métropolitain. Il y a bien eu une décision et c'est le recours hiérarchique qui a abouti au silence ; si le Ministre avait rejeté la réclamation, et confirmé purement et simplement, l'ordonnance entreprise, aucun recours ne se serait trouvé possible, parce que la péremption aurait accompli son œuvre. La raison d'être de ces décisions réside précisément dans le fait que le silence n'est pas, même par fiction, une décision ; il apporte au juge une présomption — et cette présomption n'est pas irréfringable. D'ailleurs on n'aurait aucune raison d'admettre une notion de fiction, pas plus que dans aucune branche du droit moderne : le principe qui régit aujourd'hui l'organisation supérieure de l'Etat, permet au législateur de se soustraire au procédé de la fiction qui n'a plus de raison d'être depuis la disparition du prêteur romain et des règles organiques qui l'enserraient.

*Compétence de l'autorité saisie.*

L'arrêt Dumon formulait que l'exigence du récépissé avait trait à la preuve de la réclamation adressée à l'autorité compétente. Et de fait, c'est ce qu'avait admis le Conseil dans l'affaire « Département de la Mayenne contre Département de l'Ile-et-Vilaine » par arrêt du 30 juin 1909. Le Département de la Mayenne avait dû faire les frais d'hospitalisation d'un malade assisté qui avait son domicile de secours dans le Département de l'Ile-et-Vilaine. Il en réclamait les frais à ce Département, mais il avait adressé la demande au Préfet alors que seul le conseil général avait compétence pour statuer. Aussi le Conseil d'Etat déclara-t-il irrecevable la requête dont il était saisi.

Cette jurisprudence se maintint avec l'arrêt Massonié du 24 mars 1922 (S. 1925-3-48) : il s'agissait d'annuler une décision implicite de rejet prise par le Conseil Municipal, alors que seule le Préfet pouvait en prononcer la nullité par arrêté pris en Conseil de Préfecture. Il en fut décidé de même dans l'affaire Coulon (13 janvier 1922. *Rec.* p. 34). Le requérant demandait la reconnaissance de son droit à une indemnité pécuniaire pour un dommage que lui avait causé l'insuffisance des services de police. Il avait adressé sa demande au Maire, alors que le Conseil Municipal était compétent pour statuer.

Mais le Conseil d'Etat n'a pas persisté dans cette manière de voir. La dernière jurisprudence est en sens contraire, depuis 1926 (30 juillet 1926, aff. Masqueret, *Rec.* p. 815). Un accident était survenu au sieur Masqueret, du fait d'un bœuf qui avait réussi à s'échapper des abattoirs de la Villette ; la victime avait adressé une demande d'indemnité au préfet de la Seine, alors que c'était au Conseil Municipal de statuer ; le Préfet ne transmet pas la demande « comme il aurait dû le faire », (ce sont les termes mêmes de

l'arrêt) ; la juridiction administrative ne vit pas, cette fois, de cause d'irrecevabilité dans le fait que le Préfet était incompétent et que le Conseil Municipal n'avait même pas connu de la demande. Il reconnut au sieur Masqueret le pouvoir d'engager un recours.

De même, dans une affaire Lenger frères (18 janvier 1929) (D. H. 1929-103), il reconnut le droit à recours de particuliers dont la réclamation avait été adressée au Ministre des Finances alors que l'arrêté de débet entrepris émanait du Ministre de la Guerre. Manifestement, l'affaire ressortissait de ce dernier.

Enfin la dernière manifestation réside dans l'arrêt *dames Garcin* du 28 janvier 1931 (précité). La dame Garcin avait adressé sa demande d'indemnité au Ministre de l'Intérieur, et non au Ministre du Travail, bien que l'activité du Préfet qui avait provoqué la réclamation ressortît de l'hygiène (qui se trouvait alors rattachée à ce ministère). L'administration excipa de l'incompétence. Le Commissaire du Gouvernement, M. Latournerie, envisagea ce point dans ses conclusions (1). Il rappela tout d'abord les deux précédents que nous venons d'indiquer, puis, dit-il : « L'effort n'est pas grand, on peut même dire qu'il n'y a pas d'effort à faire, pour décider par voie d'analogie que toute demande adressée à un ministre, même à un ministre incompétent — mais en réalité, ce n'est pas au ministre, mais à l'Etat qu'elle est adressée — fait courir à l'égard de celui-ci le délai de l'expiration duquel l'intéressé peut saisir le Conseil d'Etat par application de l'article 3 de la Loi du 17 juillet 1900 ; solution qui implique nécessairement (mais elle est elle-même nécessaire), que le ministre à tort saisi a l'obligation juridique de transmettre au ministre compétent. » Le Conseil n'inserra pas de considérant de principe dans son arrêt ;

---

(1) *Revue du Droit Public*, 1931, p. 571.

mais il n'en admit pas moins l'argumentation du Commissaire du Gouvernement, et ne rejeta pas la requête sur laquelle il était appelé à statuer. (1)

Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt Lamarque du 24 avril 1921 (D. P. 1931-3-56) : Le Conseil a admis, ici, un recours alors que la réclamation avait été adressée au maire et que le préfet était seul compétent pour statuer. Mais le maire avait obligation de la transmettre. C'est sans doute le cas ultime de la représentation possible entre les fonctionnaires. Il semble bien, d'ailleurs, que tous les cas admissibles aient été ainsi examinés par le Conseil d'Etat.

Le bien fondé de cette dernière jurisprudence est incontestable. Les fonctionnaires, le gouvernement ont le devoir juridique d'assurer le fonctionnement des services publics, et de réparer les dommages que ceux-ci peuvent causer lorsque la Puissance Publique en peut être juridiquement responsable. Ce sont là des devoirs de l'Etat ; les représentants de ce dernier doivent accomplir tout ce que leur impose cette constatation. Tous les organismes de la Puissance Publique ont pour mission de collaborer pour atteindre son but final, car la norme fondamentale, l'obligation de faire, pour les gouvernants, vaut à l'égard de tous. Sous l'angle politique, les différents ministres sont soumis à la solidarité par le jeu de la responsabilité parlementaire. Peu à peu une solidarité analogue déborde sur le terrain juridique et administratif ; elle se développe, d'ailleurs, sur une plus grande échelle. C'est l'unité de la « personne morale » qui le veut, et c'est pourquoi la solidarité existe entre les

---

(2) La loi anglaise du 3 juillet 1860 avait déjà formulé le principe pour la Grande-Bretagne. La « *Petition of Right* » est toujours remise au Ministère de l'Intérieur ; puis, revêtue du « *fiat* » elle est adressée à l'avoué du Trésor, qui aux termes de l'article 3, doit la « transmettre au département ou au ministère auquel elle se réfère plus particulièrement. » (Constantinoff. *Loc. cit.*)

L'unité de la représentation de la puissance publique était ainsi juridiquement fondée.

différents organismes communaux, la solution de l'arrêt Masqueret est concluante à cet égard. Si on veut que la règle d'après laquelle le silence ne doit pas préjudicier aux particuliers soit pleinement efficace, il faut bien en admettre cette conséquence. Du seul point de vue pratique, la complexité des institutions administratives nécessiterait des administrés des connaissances considérables pour qu'ils puissent faire sanctionner leurs droits chaque fois qu'il en est besoin ; il n'y a là qu'un argument d'ordre pratique, mais il a bien sa valeur et il a été l'âme de l'argumentation du Commissaire du Gouvernement dans l'affaire Garçin.

#### *Des cas assimilés au silence.*

Le développement de la jurisprudence apparaît entièrement comme favorable à l'individu. Le principe est que l'administration doit faire tout ce qui est nécessaire pour permettre à l'individu de faire reconnaître juridictionnellement ses droits. C'est ainsi qu'a été admise l'obligation de remettre le récépissé. C'est ainsi, encore, que le recours n'a pas été enfermé dans de courts délais. Mais le Conseil d'Etat s'est montré plus libéral.

Dans le cas Ducreux, le Conseil a reconnu la requête comme recevable parce que la décision n'avait pas été notifiée au requérant. Il ne suffit donc pas que l'administration prenne une décision : elle doit encore la porter à la connaissance de l'intéressé. La décision existe, certes, sans cela, mais elle n'est pas opposable aux tiers. Pour qu'elle vaille à leur rencontre, il faut une formalité supplémentaire. Et cette notification du droit public ressemble singulièrement à la dénonciation de la saisie-arrêt du Droit privé ; comme celle-ci, elle a pour objet de mettre l'intéressé à même de faire valoir son droit ; il n'y a pas identité de situation, mais il

a une profonde ressemblance. On pourrait aussi songer à faire un rapprochement avec la cession de créance du Droit Civil ; celle-ci ne se parfait que lors de sa signification au débiteur (article 1690 *C. Civ.*) et cette signification ne peut se faire que par un exploit d'huissier, à moins que le débiteur n'accède à la cession par un acte authentique. S'il s'agit d'un acte administratif à caractère réglementaire, on sait qu'il ne devient exécutoire que par sa publication, absolument comme une société de commerce ne se constitue définitivement qu'après les publications réglementaires et légales. On ne peut donc pas considérer la validité d'un acte juridique ni même son existence d'une manière absolue, mais seulement d'une manière relative. C'est une nécessité sociale indispensable que tous les actes susceptibles d'apporter une lésion aux intérêts et aux droits d'un homme ne peuvent être efficaces juridiquement que si cet homme en a eu connaissance ; aussi longtemps que cela ne s'est pas réalisé, l'acte n'existe pas à son encontre.

Cette particularité présente une grande analogie avec notre matière. « Considérant, dit le Conseil d'Etat dans l'arrêt Bière (précité) que la lettre du maire de Tarbes au sieur Bière ne contenait pas la réponse du Conseil municipal à la demande de celui-ci, et ne constituait point une décision administrative de rejet prise par l'autorité compétente et susceptible de faire courir les délais de recours... ; » La forme de la signification ne prend point un aspect aussi strict qu'en Droit Civil ; il n'en subsiste pas moins que le procédé employé pour porter la décision attaquant à la connaissance de l'intéressé ne doit pas laisser de place à l'équivoque. Cette équivoque pouvait naître dans le dernier cas. Mais on applique en Droit Public le principe favorable à l'individu : le doute profite à ce dernier, à l'imitation de ce qui se passe théoriquement en Droit Criminel. La présomption est en général défavorable à l'administration. Quand on

ne sait pas de quel côté penche la balance, il paraît normal d'accepter que ce soit en faveur du particulier et non du côté de la collectivité. Cette constatation permet d'établir une caractéristique principale du Droit français à tendance nettement démocratique et individualiste ; souvent elle permet une différenciation facile d'avec les régimes très autoritaires, qu'ils soient par ailleurs basés sur des principes collectivistes comme en Russie Soviétique, ou qu'ils le soient sur des principes à nature transcendante comme autrefois en France ou en Allemagne.

Il y a deux bonnes raisons d'admettre qu'il en soit ainsi. La première, d'ordre strictement utilitaire et dont nous avons déjà fait mention au paragraphe précédent, dans une matière toute voisine ; c'est celle qui avait profondément influencé les conclusions de M. Latournerie ; elle conserve toute sa valeur dans le cas actuel. La complexité de la réglementation administrative ne doit pas nuire aux administrés ; l'organisation technique et juridique des services est considérablement fragmentée, afin, précisément, de rendre plus de services à la collectivité et aux individus ; on ne peut pas concevoir qu'on les fasse fonctionner dans un but et d'une manière qui y seraient contraires ; si pour réaliser sa tâche au mieux des intérêts de tous, la Puissance Publique doit spécialiser ses services et ses organismes, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle est une, et que tous doivent pouvoir se fier à son unité. La seconde raison est basée sur la nécessité de voir fonctionner les services normalement, de rappeler constamment aux fonctionnaires qu'ils doivent remplir leur fonction ainsi que la manière dont ils doivent le faire. C'est la règle de l'obligation de faire qui doit jouer dans toute sa rigueur en faveur des particuliers. Il faut observer d'ailleurs que ces deux raisons sont étroitement associées l'une à l'autre,

*Généralité de la loi du 17 juillet 1900.*

La disposition que nous venons d'étudier constitue le droit commun en matière de réclamation contentieuse. Par suite elle s'applique à tous les cas de silence qui peuvent surgir dans les conditions que nous avons examinées. Cependant, il existe de nombreuses dérogations à cette règle générale. Ces dérogations ressortissent à vrai dire de différentes catégories. Parfois le législateur n'a entendu que modifier les délais impartis à l'administration pour prendre une décision. Parfois il a voulu garantir aussi efficacement que possible le droit de propriété et son exercice sans entraver les intérêts de la collectivité. Parfois enfin, il ne s'agissait que de protéger certains intérêts qui méritaient sans doute que des soins particuliers soient apportés, sans que cependant il y ait lieu de beaucoup grever la Société en leur faveur.

Dès lors, on conçoit que le législateur ait fait varier non seulement les délais qu'il impartissait à l'administration, mais encore qu'il ait attaché des présomptions différentes au silence gardé dans des circonstances différentes. Le système n'est pas un ; et cela d'autant moins que les textes antérieurs à 1900 n'ont pas cessé d'exister, sauf celui qui concernait les élections aux consistoires des Eglises Réformées, mais ce n'est point là l'effet de la loi du 17 juillet 1900 ; il faut en rechercher la cause dans la loi de Séparation. Certaines dispositions postérieures sont manifestement inspirées des caractères de ces dispositions anciennes.

II. — LES ATTEINTES A LA PROPRIÉTÉ.

La loi de 1841 sur les expropriations avait, on s'en souvient, conféré au propriétaire la possibilité de mettre un terme à la menace indéfinie d'expropriation. Si après un an, à compter de l'arrêt de cessibilité, l'administration n'a pas

procédé à l'expropriation, le propriétaire peut se pourvoir devant le Tribunal. Cette mesure, assez timide, puisqu'elle ne donne pas une interprétation du silence, mais seulement une possibilité d'y mettre un terme, a encore influencé la législation positive. Cependant, c'est surtout l'influence émanant du Décret de 1864 qui va se retrouver dans les textes, soit que le délai subsiste tel que le décret l'avait formulé, soit que l'économie de la péremption ressorte de la même conception.

### *Les Réquisitions.*

La loi du 3 juillet 1877 constitue la charte des réquisitions. Elle prévoit une procédure d'urgence, certes très protectrice des droits des particuliers, lorsqu'il s'agit simplement de les indemniser pour la privation de jouissance ou de propriété en elle-même. Mais elle présentait une lacune, en ce qui concernait les dommages ou dégâts qui avaient pu provoquer le cantonnement des troupes. D'où la loi du 20 juillet 1918, qui est venue compléter celle de 1877.

Le premier objet de celle-ci (article 25 nouveau) consiste dans l'élaboration des dossiers de dommage par le maire, après que se sont produites les réclamations des personnes qui ont subi les dommages : « Le maire transmet à la commission les dossiers de réclamation des personnes qui ont subi les dommages ou des dégâts par le fait du logement ou du cantonnement des troupes. Il avise le réclamant de la date de cette transmission. » Et c'est l'autorité militaire qui fixera, sur la proposition de la commission l'indemnité à allouer ; notons de suite la divergence qui sépare l'expropriation de la réquisition sur ce point : tandis que, en matière d'expropriation, le jury fixe définitivement et entièrement l'indemnité due au propriétaire dépouillé, ici, la commission ne statue pas, elle émet un avis et seule l'autorité militaire peut s'engager. Lorsque des contestations surgis-

sent elles demeurent du domaine de la juridiction judiciaire ; la procédure sommaire est toujours de rigueur en la matière : le législateur a eu souci que justice soit rendue avec célérité. Mais les particuliers qui se prétendent lésés ne peuvent attaquer qu'une décision indiquant une somme dont on les déclare créanciers.

L'autorité militaire peut garder le silence ; dans ce cas, cette procédure devient impossible. Aussi longtemps que les dommages n'emportèrent pas droit à indemnité de la part de la Puissance Publique (car il y avait bien une responsabilité pour fait personnel — mais combien illusoire !) le danger du silence n'apparaissait pas comme très redoutable. Il ne pouvait s'agir que de sommes assez faibles ; mais depuis la loi de 1918, il n'en est plus ainsi. Aussi a-t-il fallu permettre au réclamant de se pourvoir en justice, alors même qu'aucune proposition ne lui aura été faite ; on exige simplement qu'il se soit écoulé un délai de trois mois, à courir de la date où il a formulé sa réclamation. C'est l'œuvre du nouvel article 26 de la loi sur les Réquisitions. Le dernier paragraphe qui a été ajouté à l'article 26 de la loi du 3 juillet 1877 s'énonce, en effet, de la façon suivante : « Lorsqu'il se sera écoulé trois mois à compter du jour de la transmission, par le maire de la commune à la commission d'évaluation, des dossiers de réclamation prévus par l'article 25 ci-dessus, sans qu'ait été fixée l'indemnité à allouer aux intéressés, ou sans que notification leur en ait été faite, ceux-ci pourront saisir directement la juridiction compétente. Cette disposition s'appliquera en outre au règlement des indemnités à allouer pour réparations des dommages causés par les troupes dans les cantonnements et logements, par application de l'article 14 de la présente loi. »

Ce texte présente une particularité intéressante : on y trouve confirmation du principe accepté par la jurisprudence, en vertu duquel une décision non notifiée à l'intéressé

équivalait juridiquement à un véritable silence. Il ne s'agit pas là d'une mesure exceptionnelle mais bien une application par le législateur d'une norme générale qui devrait toujours valoir.

Cependant ce texte ne présente pas, au point de vue doctrinal, une clarté exceptionnelle. On éprouve quelques difficultés pour qualifier l'interprétation du silence. S'agit-il de mettre un terme au silence et d'obliger l'autorité administrative à prendre une décision implicite de rejet qui résulterait du silence ? La tendance générale des textes semblerait indiquer que c'est cette dernière solution qui a été admise. Le silence équivalait non seulement à une absence totale et complète de proposition, mais encore à un refus de faire droit à la réclamation.

Pour l'application de ce texte, la jurisprudence des tribunaux judiciaires ne paraît pas adopter la conception de l'unité de la Puissance Publique. Lorsque la demande en justice n'a pas été signifiée à l'autorité compétente, lorsque l'intéressé l'a adressée, conformément à la règle de l'article 55 qui vise un autre cas, à la mairie du chef-lieu de canton, et non à l'autorité militaire, les tribunaux estiment que la demande n'est pas valablement introduite. Le 12 novembre 1919, la Cour de Grenoble a rendu une décision qui présente des liens avec cette question. (*Gaz. Pal.*, 1920-1-84) (1). Il semble bien en résulter qu'il faut appliquer les règles ordinaires de la procédure, et notamment, l'article 69, 3°, du *Code de Procédure Civile*. Mais avant de critiquer l'esprit de cette décision, il ne faut pas oublier qu'à cette époque la compétence de l'autorité saisie paraissait encore au Con-

---

(1) La signification du jugement de première instance avait été faite à la mairie du chef-lieu de canton, et non à l'autorité militaire directement. Par suite elle n'apparut pas comme susceptible de faire courir les délais d'appel. La Cour considéra que l'article 55 était exceptionnel, et que les litiges tranchés conformément à l'article 26 ressortissaient du droit commun ; aussi reçut-elle un appel qui sans cette argumentation, aurait dû être écarté comme tardif.

seil d'Etat, une condition inéluctable pour admettre la recevabilité des requêtes. Ce n'est qu'avec l'affaire Masqueret que se fit jour la conception contraire. Dès lors, on peut affirmer, qu'au moment où l'article 26 devait recevoir de nombreuses applications, c'est-à-dire au lendemain de la guerre, la Cour de Grenoble a statué d'une manière qui apparaissait comme parfaitement correcte. Il n'en serait plus de même aujourd'hui. On peut, d'ailleurs, se demander si à l'heure actuelle les juridictions judiciaires entreraient dans la nouvelle voie que suit le Conseil d'Etat.

Nous avons déjà signalé que le silence ne fut pas prévu dans le seul cas où il y aurait réclamation pour l'indemnité de réquisition, mais encore pour celui où il y aurait lieu à indemnité de dommage. La durée nécessaire pour pouvoir agir est un délai réduit à trois mois. Qu'arriverait-il si la demande était antérieure à l'expiration de ce délai ? La solution qui paraît rationnelle serait la même que celle admise par le Conseil d'Etat, pour les requêtes précoces dont il est saisi. Les tribunaux devraient vérifier s'il s'est écoulé une durée de trois mois pendant laquelle se serait prolongé le silence de l'administration. Néanmoins, il ne faut pas oublier la tendance qu'éprouvent les tribunaux judiciaires à ne pas empiéter sur le domaine de l'administration et leur crainte de juger son activité ; il se pourrait donc fort bien qu'encore à l'heure actuelle, les tribunaux judiciaires admettent la solution opposée. Ils s'abstiendraient sans doute d'interpréter un silence, qui à la vérité, signifie bien quelque chose, pour ne voir dans le délai de trois mois qu'un délai préfixe, imposé pour engager la procédure ; ce serait à tort.

#### *L'expropriation conditionnelle.*

Lorsque le législateur de 1841 établit la loi sur l'expropriation, il avait pris les dispositions nécessaires afin que le droit du propriétaire ne fût pas trop longtemps menacé ni

entravé. Mais l'économie générale de la loi était d'une façon générale dirigée de telle sorte qu'elle protégeait très bien les droits des particuliers, alors qu'au contraire, elle faisait bien fi des intérêts de la collectivité. Notamment, lorsque les communes devaient recourir à ce moyen d'acquisition, elles ne savaient jamais les charges qui allaient leur incomber.

C'est pourquoi, au XX<sup>e</sup> siècle, le besoin se fit sentir non pas seulement de modifier la loi, mais encore de la compléter (1). La loi du 6 novembre 1918 apporta les premières adjonctions que les représentants des communes demandaient depuis longtemps. Mais les grosses nouveautés apparaissent avec la loi du 17 juillet 1921, qui organise l'expropriation conditionnelle. Grâce au nouveau système, les autorités publiques peuvent s'engager de manière définitive dans la voie de l'expropriation au moment seulement où elles ont connaissance des charges qui vont en résulter pour elles. Lorsqu'elles prendront leurs décisions, le jury aura fixé l'indemnité qu'il faudra verser aux propriétaires.

La mesure n'est nullement dirigée contre les propriétaires, cela ressort nettement du rapport que M. Chanal présenta à la Chambre des Députés au nom de la Commission des Travaux Publics, à la séance du 9 juillet 1919 (2) : « Il ne s'agit pas, nous insistons sur ce point, ajoute l'exposé des motifs, de diminuer les garanties données par la loi aux propriétaires, il n'est pas question de chercher les moyens de réduire les évaluations du jury, ni d'enrayer les exagérations auxquelles ils peuvent se trouver entraînés; on demande simplement qu'il soit possible aux autorités expropriantes de renoncer purement et simplement à leurs projets lorsqu'elles constateront que cette réalisation doit

---

(1) Berthélemy. *Loc. cit.*

(2) *Journal Officiel*, Chambre des Députés 1919, doc. n° 6481, 2<sup>e</sup> série.

les entraîner en des dépenses dépassant leurs moyens financiers. » On ne peut être plus explicite. Cependant il n'empêchait que le danger auquel avait paré le législateur de 1841 devenait de plus en plus pressant, et les propriétaires risquaient de voir paralyser leurs droits. Aussi ne faut-il pas s'étonner que la loi impartisse, dans son article 81, un délai de trois mois à l'autorité expropriante pour décider si elle exproprie effectivement. Ce délai a pour sanction la confirmation des droits du propriétaire. Si l'expropriation n'est pas décidée à ce moment là, l'administration est présumée renoncer au bénéfice de la mesure qu'elle avait projetée.

Il faut noter que l'article 81 revint du Sénat légèrement modifié. La Haute Assemblée avait marqué la rigueur des délais en décidant que dans le mois à compter du jour où le jury aurait rendu sa décision, le préfet devait la notifier officiellement à l'autorité expropriante. Le système ainsi proposé permet de supposer avec toute la vraisemblance désirable que l'autorité n'a pas voulu donner suite à ses projets. (1)

Dans ce cas, le silence que garde l'administration est interprété de la manière la plus conforme aux faits et aux intérêts des particuliers. Il constitue une renonciation de la part de l'administration, et assure la sécurité économique des gens qui pouvaient se trouver touchés par la mesure. Il est vrai que ce n'est pas ce que certains propriétaires auraient désiré ; l'arrêt rendu par la Cour de Cassation le 5 août 1929 (aff. Tristan contre Société anonyme du port de pêche de Lorient) (2) en fait foi. Cet arrêt est intéressant en notre matière par l'un de ses considérants : « Attendu que la loi ainsi appliquée ne peut léser les propriétaires, qui tant que la partie expropriante n'a pas déclaré dans

---

(1) *J. O.* Chambre des Députés 1921, doc. n° 2926. — Rapport de M. Marchais du 30 juin 1921.

(2) *Gaz. Pal.* 1929-2-693 et la note,

les délais qui lui sont impartis, vouloir poursuivre l'expropriation, n'ont aucun droit acquis à l'expropriation... » Il ressort nettement de ce fragment que la loi sur l'expropriation ne crée pas un droit à l'expropriation en faveur du propriétaire ; c'est parfaitement logique puisque, seul l'intérêt général peut justifier la mesure. On ne conçoit pas dès lors comment le silence qu'aurait gardé l'administration aurait pu avoir à lui seul un effet tel qu'il engendrerait un droit nouveau pour le propriétaire. La situation demeure ce qu'elle était avant le début des opérations, avec une faculté d'option en faveur de l'autorité expropriante. L'expiration du court délai de trois mois frappe cette option de caducité : elle ne pouvait durer indéfiniment. Le législateur a interprété ici le silence de la seule façon dont il était logique de le faire.

#### *Le Permis de construire.*

La loi du 15 février 1902 est venue apporter de précieuses dispositions en matière d'hygiène. Elle a, en outre, et, pourrait-on dire, par voie de conséquence, étendu à toutes les villes de plus de 20.000 habitants, l'exigence du permis de bâtir qui existait à Paris depuis 1852. Mais, comme il est normal dans de pareilles dispositions, ce qui importe, ce sont les procédés juridiques qui permettront de réaliser la salubrité. On trouve ceux-ci prévus dans l'article premier de la loi, comme le déclare d'ailleurs expressément l'article 11. (1) On peut imaginer facilement que l'administration tente de garder le silence. Aussi le même article 11

---

(1) Loi du 15 février 1902, art. 11. — Dans les agglomérations de 20.000 habitants et au-dessus aucune habitation ne peut être construite sans un permis du maire, constatant que le projet qui lui a été soumis, les conditions de salubrité prescrites par le règlement sanitaire prévues par l'article premier sont observées. — A défaut par le maire de statuer dans un délai de vingt jours, à partir du dépôt à la mairie de la demande de construire, dont il sera délivré récépissé, le propriétaire pourra se considérer comme autorisé à commencer les travaux.

assimile-t-il le silence à une autorisation de construire. On n'a pas voulu législativement que la condition ainsi imposée puisse entraver l'exercice des droits et prérogatives des propriétaires ; d'ailleurs administrativement, à Paris on ne conçoit pas que l'autorisation puisse être refusée.

L'inefficacité de cette loi, toute relative dans les villes par suite des progrès de l'urbanisme, ne pouvait se concevoir à l'égard des constructeurs de groupes d'habitations et de lotissements. Les entreprises qui s'adonnaient à cette industrie ont suscité de si grands scandales, la nécessité poussait tant de gens à s'installer dans des locaux effroyablement insalubres, que leur offraient les spéculateurs, qu'il a fallu prendre des dispositions spéciales. C'est là l'objet de la loi du 19 juillet 1924. Il fallait établir un contrôle efficace. D'où l'obligation pour les entrepreneurs de déposer leurs projets à la mairie de la commune sur le territoire de laquelle la construction est projetée. Le maire doit soumettre ce projet à l'avis de la commission sanitaire et à défaut, du bureau d'hygiène ; il doit en outre, provoquer une enquête. Mais il fallait prévoir le cas où le maire ne s'acquitterait pas de ses fonctions et obligations ; la première chose était d'user de la mise en demeure — dûment constatée — ; si pendant un mois, à compter de cette mise en demeure, le maire garde encore son attitude d'inertie, et son silence, l'entrepreneur peut s'adresser au Préfet, qui doit suppléer purement et simplement le maire. Si donc celui-ci délivre enfin l'autorisation sollicitée, il le fait par voie d'arrêté ; s'il la refuse, ce ne peut être que pendant le mois qui suit la clôture de l'enquête ; garder le silence équivalait alors pour lui à une approbation du projet.

Ces dispositions appellent quelques observations. Tout d'abord, on peut constater que l'entrepreneur doit tenter de mettre fin à la carence du maire par une mise en demeure ; à défaut d'une stipulation expresse par la loi, qui autoriserait

tout mode de mise en demeure il semble bien que ce sont les règles du Droit Civil qui vont jouer : la mise en demeure s'effectuera donc par un exploit d'huissier ; et cela d'autant plus que la nécessité de la mise en demeure n'est pas formulée à l'égard du Préfet. On sait que la preuve d'une réclamation peut en matière administrative résulter d'une simple lettre recommandée avec accusé de réception ; mais une réclamation n'est pas une mise en demeure, et puisqu'on se trouve en matière réelle immobilière, et que le régime foncier ressortit par excellence du Droit Civil, il faut appliquer, dans ce cas, les procédés du Droit Civil ; Par conséquent le sïaence ne pourra se prouver que par un exploit d'huissier, par une sommation. Mais la rigueur de cette exigence ne peut pas passer inaperçue, et il faut bien la justifier, ce qui est facile.

Le maire a le devoir juridique de soumettre le projet à la commission sanitaire ou au bureau d'hygiène, et de provoquer l'enquête dont la nécessité est établie par la loi. La mise en demeure a pour but de faire procéder à cette instruction de la demande. Il ne peut pas, par son mauvais vouloir qui ne saurait avoir de fondement que dans une animosité d'ordre personnel ou d'ordre politique, paralyser indéfiniment la demande et les droits de propriétaire du requérant. Il y aurait de sa part, excès et détournement de pouvoir. La mise en demeure peut servir à dénoncer la faute personnelle de l'agent, et à engager de la sorte sa responsabilité. Le silence que pourrait garder le maire, serait en la circonstance singulièrement grave.

Par contre, on ne retrouve pas l'exigence de la mise en demeure en ce qui concerne l'exercice de la tutelle administrative par le Préfet. Le motif d'ordre politique a paru ici inefficent, probablement du fait de la dépendance juridique de ce fonctionnaire à l'égard du pouvoir central, et aussi du fait qu'il est plus éloigné de ses administrés. La

loi n'a pris de précaution pour assurer sa propre efficacité que dans le cas de décentralisation. Dans l'autre, au contraire, elle a vu, dans l'attribution d'une signification au silence un préservatif suffisant, tant pour les besoins de la collectivité que pour ceux du propriétaire du terrain à lotir. Elle parvient à ce résultat là où on peut présumer que les mesures d'instruction ne seront pas paralysées par l'effet du mauvais vouloir.

On peut objecter que le silence de l'autorité chargée de la première instruction aurait pu valoir approbation du projet. Les dispositions de la loi ont un objet et but trop important : il y va de la santé de très nombreuses personnes, et cela est tellement vrai que ni le maire ni le préfet n'ont paru compétents pour statuer *de plano*. On exige l'avis de techniciens. En face du droit du propriétaire se trouve l'intérêt public, qu'on ne peut pas sacrifier au premier ; le devoir de l'administration est de sauvegarder le second, en entravant cependant le premier dans la moindre mesure possible. Cette sauvegarde rend l'instruction indispensable. En n'y procédant pas s'il existait un cas où l'on pourrait parler du déni d'administration, ce serait bien celui-ci. On ne peut objecter que les particuliers n'ont pas de droit à l'administration ; cette opinion d'une manière générale pourrait être tenue pour erronée ; ici elle serait absurde, car en l'état actuel le propriétaire a un droit dont il entend user, et il ne peut le faire sans avoir obtenu l'autorisation de l'autorité compétente. Dans le problème qui nous occupe, le maire, en gardant le silence, commettrait une faute personnelle, car l'abus du refus, s'il n'est pas justifié, tend à annihiler en partie, non seulement la jouissance mais encore l'exercice du droit de propriété. Si donc, il ne veut pas délivrer son approbation, il ne pourra régulièrement le faire qu'après l'enquête. S'il a de bons motifs à cette attitude, l'instruction les mettra au grand jour. Le refus sera alors

susceptible d'un véritable contrôle ; le maire aura agi dans l'exercice de ses fonctions et conformément au but de sa compétence. Il se sera acquitté de ses attributions de la façon dont il aura cru devoir le faire, mais d'une manière juridiquement correcte ; sa décision ne sera plus marquée d'arbitraire.

Au contraire, de sa part, s'abstenir constituerait dans ce dernier cas une sorte d'aveu de sa volonté de nuisance, et nous avons vu que c'était là le critérium de la faute personnelle. La preuve en résultera de la mise en demeure. Par suite, le système tend à assurer dans tous les cas un recours : ou bien un recours contre la décision, de type purement administratif, ou bien un recours pour fait personnel basé uniquement sur le Droit Civil.

Au deuxième degré, les données du problème ne sont plus identiquement les mêmes. Le soupçon de volonté mauvaise est écarté, bien qu'il soit possible de la prouver si tant en est besoin. L'autorité préfectorale sera sensée faire son devoir, et ce n'est que sur le vu des pièces de l'instruction qu'on suppose qu'elle pourra être amenée à garder le silence. Son devoir fonctionnel se borne à sauvegarder l'intérêt public. S'il demeure sans prendre de décision on doit supposer que cet intérêt n'est pas compromis, et alors seulement le silence vaut approbation.

Il faut reconnaître, d'ailleurs, que lorsque l'approbation est tacite, elle ne présente pas au point de vue social toutes les garanties désirables. Des autorisations peuvent résulter d'un silence dont l'origine pourrait bien se trouver dans un examen insuffisant ou même inexistant. Ce genre de décision, quoique parfaitement légal, n'en est pas moins parfaitement critiquable : il ne correspond pas au but profond qu'a poursuivi le législateur, non pas dans la disposition spéciale, mais dans l'œuvre de la loi entière elle-même. La sauvegarde de l'intérêt particulier exigeait la solution qui a

été admise. Celle de l'intérêt général eût exigé le contraire.

### *Les monuments historiques.*

Jusqu'à présent nous avons vu les modalités selon lesquelles opérait le silence en matière de propriété. Nous avons vu que l'interprétation en était favorable au propriétaire, d'une façon plus ou moins immédiate. Notamment en cas d'expropriation conditionnelle quelques délais s'étant écoulés, le propriétaire est confirmé dans ses droits et prérogatives, et dans la jouissance paisible et complète de son bien. Les dispositions relatives au classement s'en rapprochent beaucoup. Et, en effet, lorsqu'il n'emporte pas à sa suite l'expropriation qu'il rend possible, le classement procède à une sorte de décomposition du droit de propriété. Il se fait en deux temps.

Tout d'abord, l'autorité notifie au propriétaire une proposition de classement. Ce n'est que par la suite que le classement devient définitif. Mais dès la proposition, l'immeuble se trouve grevé de toutes les charges qui pèsent sur les immeubles déjà classés. (Article 1<sup>er</sup> de la loi du 31 décembre 1913). L'intérêt général peut seul les justifier ; mais si l'immeuble présente des particularités suffisamment intéressantes pour que la conservation en doive être assurée, il faut un classement complet et définitif. Sans doute, pour en arriver à cette mesure, il est nécessaire de procéder à une étude approfondie et par conséquent, il faut accorder quelques délais à l'administration des Beaux-Arts. Mais on ne concevrait pas que cet état de chose puisse se prolonger indéfiniment, et que les droits du propriétaire demeurent ainsi en suspens. Ou bien l'intérêt social justifie la mesure, et le classement doit être complet ; ou bien il ne la justifie pas, et elle doit disparaître. C'est pourquoi, comme en matière d'expropriation conditionnelle, la loi impartit un délai

maximum pour statuer. Si, dans les six mois à compter du classement, aucune décision n'est rendue, les atteintes à la propriété qui découlaient de la proposition de classement sont supprimées. Le propriétaire récupère la jouissance intégrale de son bien.

Mais le classement peut aussi s'assortir d'expropriation (article 7 de la même loi.) La notification par les services des Beaux Arts de l'intention d'expropriation emporte donc avec elle les effets du classement, comme devant. De même encore, ils ne lui survivent pas au delà de six mois, si l'administration ne poursuit pas la procédure ; au contraire, si l'utilité publique a été constatée, la déclaration qui en est faite autorise le classement sans autre formalité. Si par contre, le ministre ne prend pas d'arrêté de classement, les effets de celui-ci s'appliquent néanmoins pendant encore trois mois, puis disparaissent alors complètement si l'administration n'a pas poursuivi l'obtention du jugement d'expropriation. Cet accroissement des délais se justifie du fait que l'expropriation est une mesure d'une autre importance et d'une autre complexité que le simple classement. Du reste, on peut se rendre compte qu'elle a été décomposée en ses éléments simples qui eux-mêmes sont insérés dans des délais dont l'expropriation tend chaque fois à replacer le propriétaire dans la situation ordinaire de tout propriétaire.

Le silence vaut renonciation à classement, par l'administration chaque fois que celle-ci ne poursuit pas son but avec une célérité suffisante.

### III. — LES ATTEINTES A LA LIBRE ACTIVITÉ.

Le principe de la liberté de l'industrie a eu une valeur à peu près incontestée pendant de longues années. Puis certai-

nes restrictions se sont manifestées en législation. Il a fallu obtenir des autorisations, dont l'absence, s'il n'y avait pas de refus formel, pourrait aisément se traduire comme une approbation tacite. Il n'en est pas de même, au contraire, pour les activités qui ont toujours paru être immorales, et qui, fréquemment, ressortissent du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

*Les établissements dangereux, incommodes et insalubres.*

L'ouverture de ces établissements est minutieusement réglementée par la loi du 19 décembre 1917. Leur exploitation est à la fois une manifestation du droit de propriété, et de celui d'exercer telle activité qu'il plait. Mais à ces considérations s'en ajoutent d'autres non moins urgentes. C'est pourquoi la loi établit la nécessité d'une autorisation dans deux cas sur trois qu'elle prévoit, et d'une notification dans le troisième. La variété des inconvénients qu'il fallait éviter n'est pas explicitement détaillée par la loi. L'instruction à laquelle l'administration devra se livrer pourra concerner des corps techniques très différents, et cependant la nécessité du contrôle ne servirait à rien, s'il n'était effectué en connaissance de cause. Aussi la loi accorde-t-elle un délai suffisamment prolongé pour que l'instruction puisse avoir lieu utilement. Le préfet statue dans un délai de trois mois.

Mais si ce fonctionnaire garde le silence plus longtemps ? La loi ne donne pas de solution catégorique. Il faut donc la dégager de la nature des choses. Lorsqu'il s'agit d'un établissement de la troisième catégorie, où il suffit pour pouvoir exploiter l'établissement d'une déclaration, l'expiration des trois mois vaut une approbation, puisque l'autorité n'a pas à donner d'autorisation. Si l'administration ne dit rien, c'est qu'elle ne fait pas d'objection. Au contraire, pour les deux premières catégories, on exige une autorisation. Il faut dès

lors appliquer les principes du droit commun : c'est la loi du 17 juillet 1900 qui les établit. Le silence vaut rejet. La seule dérogation à ce texte réside dans l'abréviation du délai de quatre à trois mois.

On se trouve en présence d'un cas analogue en ce qui concerne la demande de permis d'exploitation ou de recherche, pour laquelle le Décret du 29 avril 1928 apporte une réglementation minutieuse. Il exige que l'administration rende sa décision dans les six mois du résultat de l'enquête. En l'absence de disposition en sens contraire, puisqu'il n'y a pas d'indication sur la valeur du silence, celui-ci apporte une solution négative, il y a présomption de rejet. Mais le délai normal est ici prorogé de deux mois.

La règle dont s'est inspiré le législateur dans toutes ces matières est identiquement celle que pose la loi de 1900 sur le silence. Ses modalités seules sont particulières : le délai n'est pas resté le même. Ce n'est qu'en ce qui concerne les établissements industriels de la troisième catégorie, qu'une interprétation du silence, absolument opposée, voit le jour. Or l'exploitation de la troisième catégorie ne comporte que des établissements présentant un minimum d'inconvénients. Il s'agit presque d'un usage normal de la propriété : on a adopté la règle la plus favorable à l'individu, et il faut reconnaître qu'elle ne compromet pas gravement les intérêts de la collectivité. Dans les autres hypothèses, les dangers sociaux étaient beaucoup plus grands. Aussi ne pouvait-on pas risquer des tolérances opposées au but de la législation. Elles n'auraient pas manqué de se produire sous le couvert de la clandestinité et du silence. Le contrôle de l'application de la loi aurait été presque impossible. La sauvegarde de l'intérêt social interdisait à l'Etat de se départir de ses privilèges habituels qui sont d'ailleurs souvent moins bien justifiés qu'ici. Quant aux nécessités techniques, elles étaient telles que les délais de quatre mois n'auraient pas

pu convenir. Il est vrai qu'en regard, les nécessités économiques exigeaient plus de célérité, et ce sont ces dernières qui ont triomphé dans la loi de 1917.

### *Police de la navigation aérienne.*

Dans ce domaine, nous rencontrons un curieux cas de silence. C'est celui que prévoit l'article 61 de la loi du 31 mai 1924. Le texte s'énonce de la manière suivante : « Sera puni d'une amende de cinq cents à mille francs, et d'un emprisonnement de six jours à un mois, ou de l'une de ces deux peines seulement, le propriétaire qui aura : 1°) mis ou laissé en service un aéronef sans avoir obtenu de certificat d'immatriculation ou de navigabilité ; 2°) ..... ; 3°) Fait ou laissé circuler sciemment un aéronef dont le certificat de navigabilité a cessé d'être valable. Tout refus de certificat de navigabilité par l'autorité chargée de ce service devra être notifié par écrit l'intéressé, et cette notification établira contre lui une présomption de faute. »

Comme on le voit, il s'agit là d'un problème bien particulier. Ce n'est plus la signification du silence qui nous préoccupe ; ce sont ses conséquences pénales. Seulement ce deuxième problème implique le premier, de telle sorte qu'on ne peut esquiver la difficulté née de la signification. Les travaux préparatoires ne nous sont pas d'un grand secours. L'article 61 actuel puise sa source dans l'article 23 du projet initial. Lorsque celui-ci fut présenté à la Chambre des Députés, tel que nous le représente le projet de M. Bazire, en date du 29 mai 1921, il ne comportait pas le dernier paragraphe, qui précisément, concerne notre matière. Celui-ci figure pour la première fois dans le projet que M. Vallier rapporta devant le Sénat, sans d'ailleurs que les explications précises nous soient données à ce sujet. Œuvre de la Commission sénatoriale, point législatif dont l'histoire de-

meure occulte, la disposition qui touche au silence n'a fait l'objet d'aucune remarque dans le rapport de M. P. E. Flandin, lorsque le projet complété par le Sénat revint devant la Chambre des Députés, en 1924, peu avant la fin de la législature.

Considérons la solution posée par le législateur. Son contenu en fait une disposition de droit pénal. La loi du 31 mai 1924 contient beaucoup d'autres articles touchant aux matières répressives. D'ailleurs, il résulte suffisamment du rapport de M. Bazire que le but originellement poursuivi par le législateur en cette matière était strictement un but de police. Ce n'est que lorsque la question vint devant la Haute Assemblée qu'on songea à faire un code complet de la navigation aérienne. Aux mesures relatives à la circulation, il fallait en adjoindre d'autres et plus particulièrement les dispositions que nécessitaient les questions de propriété, d'usage, et les contrats de transport. Au simple besoin de la tranquillité s'ajoutaient les considérations d'ordre économique, et sans doute, aussi, les vues d'ordre politique et militaire. Sous l'empire de nécessités très variées, on peut admettre que l'avion régulièrement acquis bénéficie d'une présomption de navigabilité. Il n'est pas superflu de rapprocher le permis des aéronefs de celui des voitures automobiles : ce dernier n'est-il pas accordé au fabricant pour toute la série des voitures conformes au type qu'il a présenté à l'administration ? En matière de navigation aérienne on se montre un peu plus difficile, puisque le permis ne concerne qu'une seule unité. Mais le refus du permis de navigabilité ne se présume pas. Le silence vaut approbation. Sous l'angle pénal on en tire les conséquences logiques. L'infraction ne sera consommée que si le permis a été formellement refusé. Les risques que courent les propriétaires d'aéronefs se trouvent de la sorte réduits au minimum. Il en résulte une plus grande possibilité d'expansion pour une in-

dustrie encore jeune. Cependant, on ne saurait affirmer que la sécurité soit ainsi suffisamment assurée : les avions de tourisme sont cause d'accidents fréquents.

Il résulte de cette constatation que la source de cette disposition réside dans la pluralité des buts qu'a poursuivis le législateur. D'une part, on cherchait à établir un régime de police que rendait d'autant plus indispensable le développement de la navigation aérienne, qu'il avait déjà fait l'objet d'une réglementation internationale. D'autre part, on conférait à cette nouvelle branche de l'économie un statut capable de correspondre aux nécessités de son développement, non seulement à la manière dont le droit maritime régit les modalités du commerce de mer, mais encore en favorisant le développement de ce nouveau moyen de communication. La sécurité exigeait l'institution du certificat de navigabilité, l'intérêt économique recommandait que son refus ne soit pas abusif ; le législateur a cru trouver l'une des solutions au conflit des règles qu'il formulait dans la disposition finale de l'article 61.

Le

#### *Les amendes d'atelier.*

La loi du 5 février 1932 a apporté diverses dispositions complémentaires au code du Travail. Elle a créé notamment un article 22*b*, relative aux amendes d'atelier. En principe celles-ci deviennent interdites. Néanmoins le chef d'industrie peut en établir sous certaines conditions : « Il est interdit à tout employeur de sanctionner par des amendes les manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur. Dans les établissements où un régime d'amendes existerait au moment de la promulgation de la présente loi, les employeurs devront le supprimer dans un délai de six mois. Toutefois, le maintien d'un tel régime, lorsque la demande en sera faite dans un délai de trois mois qui suivront ladite

promulgation, ou son introduction dans les établissements nouvellement créés, pourra être autorisé par l'inspecteur divisionnaire du travail. Celui-ci devra statuer dans les trois mois de la réception de la demande, après consultation des organisations patronales et ouvrières de la région, qui devront elles-mêmes donner leur avis dans le délai d'un mois. L'autorisation devra, dans tous les cas, être subordonnée aux conditions ci-après : — Les amendes ne pourront être prévues que pour des manquements à la discipline et aux prescriptions relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs ; — leur taux devra être fixé par un règlement intérieur régulièrement établi ; — le total des amendes infligées dans la même journée ne pourra excéder le quart du salaire journalier ; — le produit des amendes sera versé dans une caisse de secours au profit du personnel ; — toute disposition contraire aux stipulations qui précèdent sont nulles et de nul effet ; les amendes infligées seront mentionnées sur un registre spécial avec indication de leur affectation. Ce registre sera tenu constamment à la disposition des inspecteurs du travail ; — *l'autorisation est de droit lorsque les amendes visent exclusivement l'inobservation des prescriptions légales et réglementaires relatives à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs, et lorsqu'il est satisfait par ailleurs aux conditions auxquelles l'autorisation est subordonnée ; ».*

Il résulte de ce texte, que certaines amendes demeurent parfaitement légales. Par suite l'inspecteur du travail n'en peut refuser l'autorisation. Mais une discrimination s'impose. L'amende a-t-elle pour but de sanctionner les règles de discipline édictées par l'entrepreneur à l'intérieur de l'atelier ? Alors cette pénalité présente un caractère légitime ; mais elle n'est conforme à la loi que si l'administration délivre une autorisation expresse ; le silence qui se prolonge pendant plus de trois mois équivaut alors à une déci-

sion de rejet. S'il s'agit, au contraire, de sanctionner les prescriptions prises en faveur de l'hygiène et de la sécurité des travailleurs, une nouvelle distinction s'impose ; en effet, ces prescriptions peuvent émaner soit de l'entrepreneur lui-même, et dans ce cas, l'autorisation expresse est nécessaire ; — soit de la Puissance Publique, et alors, l'autorisation est de droit ; dans ce dernier cas, le silence vaut acceptation, et l'institution de l'amende demeure parfaitement régulière. Mais il faut, par ailleurs, que les autres conditions de l'article 22*b* soient respectées.

D'où vient cette différence de traitement ? Le législateur n'a pas voulu que le système des amendes, d'une part, enrichit l'employeur, ni d'autre part, qu'il provoquât une spoliation du travailleur. Par suite, l'objectif principal de l'article 22*b* consiste dans l'interdiction formelle des amendes ; dans son rapport à la Chambre des Députés, en 1927, M. Bender souligne le but poursuivi, et il a soin d'ajouter que le système des amendes n'est plus guère pratiqué. Cependant, il estime, d'accord en ce point avec le Conseil Supérieur, qu'il peut être utile dans un certain nombre de cas, et notamment pour assurer le respect de certaines prescriptions légales : celles qui concernent l'hygiène et la sécurité des travailleurs. La limitation de l'amende à ce seul cas a cependant paru trop étroite. Le règlement d'atelier a pu en prévoir d'autres ; or, cette même loi prévoit une réglementation, qui est assez stricte au point de vue formel, si elle l'est beaucoup moins quant au fonds. Il existe une animosité aussi incontestable que bien fondée à l'encontre du règlement d'atelier, ou tel qu'on l'a toujours pratiqué. Création unilatérale de l'employeur, il renfermait souvent des conditions draconiennes, que sanctionnaient des amendes d'atelier. D'ores et déjà celles-ci sont interdites, sauf le cas de nécessité, et la mise à l'écart de la règle sociale qui les prohibe ne peut avoir lieu que du consentement du représentant

de la collectivité. Plus schématiquement, on peut dire que l'amende en elle-même, n'est qu'un instrument. La fin seule permet de déterminer si elle est acceptable ou si elle ne l'est pas. Lorsque cette fin est conforme à l'esprit et au but de la législation ouvrière et de protection sociale, lorsqu'elle vient renforcer l'efficacité de cette dernière, l'amende est parfaitement légale et juridiquement bien fondée. Mais lorsqu'il ne s'agit plus d'assurer l'efficacité de la loi, que l'amende tend seulement à sanctionner une volonté particulière, elle n'est acceptable que si elle ne vient pas heurter à la volonté collective. Dans tous les cas, il y a lieu à vérification de la conformité de l'amende avec l'effet de cette volonté. Dans la première hypothèse, il n'y a pas autre chose qu'une constatation ; tandis que dans la seconde, il y a lieu d'affirmer que les buts poursuivis par le législateur et par l'employeur ne sont pas opposés. D'où la différence de traitement.

### *Considérations d'ordre général.*

Les problèmes qui concernent la libre activité de chacun sont complexes par nature. Le fait de la réglementation sociale y introduit l'élément juridique. Il n'est que secondaire, et se trouve modelé par les nécessités, et par les données économiques et sociales autant que politiques. Ressortissent de la politique, sous l'aspect de la police, les dispositions qui ont trait à la sécurité et à la salubrité, etc., que nous retrouvons dans les trois cas que nous avons examinés. Mais, en outre, ces problèmes généraux prennent un aspect social caractérisé dans le dernier cas que nous avons envisagé. Il ne s'agit pas tant de la sécurité et de la salubrité générales que de celles du prolétariat industriel. Celles-ci sont directement en cause et celles-là le sont par voie de

conséquence. Ce caractère existe plus atténué en ce qui concerne les établissements dangereux, insalubres ou incommodes. Il est complètement inexistant dans le domaine de la police aérienne. La nature du but social ou du but politique demeure certes la même, mais son influence varie.

L'angle économique est constant. La liberté du commerce et de l'industrie tend à écarter invariablement l'action de la collectivité. On lui doit toutes les exceptions aux interdictions que formule le législateur, de telle sorte que c'est cette intervention qu'on arrive à considérer comme exceptionnelle. Là où on trouve des textes qui admettent des dérogations, elle est l'âme de ces dernières. Elle a ainsi une influence marquée sur la signification qu'on convient de donner au silence. Chaque fois que dans l'activité économique, le silence vaut approbation de l'initiative individuelle, c'est que joue avec un rôle prépondérant le principe de la libre activité. L'élément politique paraît s'incliner devant lui ; nous le voyons clairement dans les questions de navigation aérienne ; Ce sont surtout les considérations sociales qui le tiennent en échec.

Les répercutions juridiques forment un épiphénomène, engendrées qu'elles sont par des nécessités d'un autre ordre que le leur. Solutions données par la volonté générale à des rapports, leurs applications, les limites de validité de la norme sociale, sont déterminées moins par la volonté générale en soi, que par l'objet auquel elle s'applique. Il s'agit souvent d'un compromis, peu sincère, d'ailleurs, entre deux tendances qui correspondent à deux buts opposés : le maintien d'un état de choses donné en vue de l'intérêt personnel, et le souci de l'intérêt général. L'absence de solution d'ensemble en est une conséquence fatale. C'est pourquoi le silence vaut parfois acceptation ou autorisation et parfois rejet.

*Les Jeux de Hasard.*

Cette question se lie étroitement à celle de la liberté de l'activité. En cette matière, il y a lieu de remarquer, que, si les considérations sociales ont joué de façon impérative pour s'attaquer à la pratique du jeu, ce n'est pas en vertu de conceptions nouvelles. C'est que bien qu'il ne soit pas facile, pour nous, de séparer la morale des considérations sociales, il n'en a pas toujours été ainsi. Les hommes ont toujours joué, les récits de l'antiquité sont là pour nous en convaincre. Toutefois les considérations des Canonistes sur la richesse et sur la dignité humaine n'ont pas été sans porter un coup très dur à la passion du jeu, et par suite, elles ont eu une répercussion marquée sur l'attitude que les pouvoirs publics ont officiellement à l'égard du jeu. Ceux qui le favorisaient se sont vus entraver par la loi.

La conception de la richesse-fin en soi a eu une longue éclipse au cours du Moyen-Age (1). La prohibition par l'Eglise du commerce d'argent, bien qu'il rendit quelques appréciables services, ne pouvait s'accommoder de la pratique du jeu, qui n'en comporte pas, et qui ne tend qu'à un simple enrichissement. La lettre des Ecritures selon laquelle l'homme doit gagner son pain à la sueur de son front, était incompatible avec la recherche du gain par pur hasard. Un siècle de foi intense ne pouvait que condamner ces pratiques. La passion en général, apparaissait comme détestable. On la combattait sous toutes ses formes, et plus particulièrement lorsqu'elle apparaissait comme contraire à un principe incontesté de la morale sur un point précis et déterminé. Pour la combattre, on recourait à tous les moyens ; les légendes et les mythes eux-mêmes, n'ont

---

(1) R. Gonnard. *Histoire des Doctrines Economiques*, t. 1.

pas été négligés. Et non seulement on essayait de convaincre, mais on réprimait. La législation s'était mise en harmonie avec la pensée et avec la croyance. Il n'y a pas de juste cause dans l'enrichissement par le jeu.

De ces anciennes croyances est sortie la disposition actuelle qui figure sous l'article 1965 du Code Civil. La loi ne sanctionne pas la dette de jeu. Ce dernier est juridiquement stérile. Sous aucune forme le Droit ne peut le reconnaître ; d'après M. Planiol (1), il ne fait même pas naître d'obligation naturelle. Le but que poursuit le législateur ne permet pas de supposer le contraire : ce serait rendre inefficace une règle fondée sur les exigences de la morale. Il en résulte que l'exercice du jeu est interdit. Ceux qui le facilitent, ou en tirent leurs moyens d'existence, tombent sous le coup de la loi pénale. S'ils se livrent à cette industrie, ils encourrent la répression de l'article 475 du Code Pénal, s'ils le font sur la voie publique, et celle de l'article 410 s'ils tiennent une maison de jeu. Les loteries sont également prohibées.

Toutefois, sous la pression des circonstances économiques fâcheuses, on a ouvert des brèches dans cette règle absolue. La jurisprudence, depuis un arrêt de Cassation du 22 juin 1898, n'admet plus que l'exception de jeu puisse être opposée en matière de Bourse. La nécessité d'assurer la sincérité et la sécurité des opérations commerciales courantes a paru péremptoire, et malheureusement, les précautions qu'a prises le législateur pour faire rester les boursiers dans leur domaine, sont notoirement insuffisantes. Jamais plus qu'à l'époque actuelle on a pu vérifier que les jeux de Bourse peuvent détraquer le système économique, et apporter de graves perturbations dans l'équilibre mondial et l'harmonie de la

---

(1) *Planiol*, 9<sup>e</sup> éd. t. 2, p. 686.

collectivité. Mais le législateur lui-même a eu l'imprudence de réhabiliter le jeu: les paris aux courses, dans certaines conditions qui deviennent scandaleusement faciles, les jeux dans les cercles sont juridiquement possibles. Certes les préoccupations fiscales imposent des déterminations pénibles ; cependant elles ne sauraient excuser de baser l'économie de l'Etat sur la pratique et le développement du vice.

C'est pourquoi demeure le principe de l'interdiction des maisons de jeu. Exceptionnellement, et dans des limites théoriquement strictes, l'autorité de police peut permettre leur ouverture. Cette autorisation ne se présume pas. La pratique du jeu demeure, en principe, contraire à l'ordre public. Lorsque le silence s'oppose à une demande de cette nature, il équivaut à un refus. Mais il faut le noter dès à présent, cette décision implicite de rejet est purement discrétionnaire. L'ouverture d'une telle officine, même par un cercle, n'est jamais qu'une tolérance ; elle ne peut constituer en aucune sorte, l'exercice d'un droit. Par suite, le silence équivaut à un rejet qui ne peut faire l'objet d'aucun recours. La requête ne serait même pas recevable. L'autorisation est d'ailleurs, soumise à une double condition de forme. Il faut, en effet, un arrêté, et une notification au requérant. (1). Le silence ne peut nullement s'interpréter d'une manière favorable à l'individu, lorsqu'il y va d'une dérogation à l'ordre public.

#### IV. — LE SILENCE EN MATIÈRE FISCALE.

Jusqu'ici, nous avons examiné le silence lorsqu'il s'élève au sujet de la reconnaissance d'un droit, dont l'exercice est subordonné à un acte de l'Autorité. Il est un autre aspect

---

(1) Loi du 30 juin 1923, article 47 *in fine*

que prennent souvent les rapports de la Puissance Publique avec les particuliers : on le trouve dans le domaine de l'impôt. Il faut délimiter le cadre dans lequel peut se poser le problème du silence, et examiner la solution légale, tant en elle-même que par rapport aux principes qui régissent la matière.

### *Le cadre du silence.*

Le problème se trouve dominé par des considérations générales auxquelles est soumise l'organisation de l'impôt en droit positif. Il ne peut y avoir de silence préjudiciable au requérant que là où il peut y avoir un requérant. Il faut donc déterminer les cas où sont possibles les réclamations.

Lorsque les impôts sont établis par rôles, la loi du 27 décembre 1927 ouvre aux contribuables un délai de trois mois, qui court à compter de la publication de ces rôles, pendant lequel ils peuvent adresser une réclamation au Directeur des Contributions directes. C'est la réponse, la décision de ce fonctionnaire, qui permettra l'ouverture d'un recours devant le Conseil de Préfecture. Sans aucune difficulté de raisonnement, on peut concevoir que se posera, parfois ici le problème du silence.

Mais les difficultés naissent lorsqu'on passe aux autres impôts. Supposons qu'un contribuable adresse une réclamation à l'administration des contributions indirectes, et que cette réclamation soit antérieure au paiement des droits ; le service garde le silence ; la prétention initiale du fisc ne subit aucune modification ; le contribuable passe outre, il se met en état de contravention, car aussi longtemps qu'il n'y a pas de décision conforme, il y a rejet de la réclamation. La volonté de l'organisme collectif n'a reçu aucune modification, et par hypothèse, elle est opposée à celle du requérant. Dans ce conflit, la force reste à la loi, ou plutôt à l'or-

ganisme que celle-ci en a doté. Cela persiste aussi longtemps qu'une juridiction n'aura pas constaté le contraire. Le contribuable peut introduire une action en justice ; il lui faut cependant payer les droits provisoirement ; et cette procédure n'est pas liée au problème de la décision préalable ni de la réclamation préalable.

Supposons maintenant que le paiement ait eu lieu. La réclamation ne peut avoir pour objet qu'un trop perçu. Le premier mouvement est de suivre la règle commune, et d'adresser une demande amiable à l'administration. Or la loi établit une prescription de six mois : à l'expiration de ce délai le contribuable ne peut plus exercer l'action en répétition. Le silence que l'administration peut opposer à la réclamation laisse l'affaire en l'état. S'il se prolonge plus de six mois, l'action sera prescrite. Par conséquent, lorsqu'on craint un silence prolongé, il ne peut être question de recours contre la décision. Le recours préalable à l'administration active n'est pas obligatoire, et comme il n'interrompt pas la prescription, il est dangereux. On pourrait parler de la même manière, s'il s'agissait de l'administration de l'Enregistrement ou des Douanes ; il convient cependant de noter que dans ce dernier cas, la prescription ne serait que de deux ans, ce qui paraît permettre le recours amiable, et un recours en cas de silence prolongé ; mais l'exigence de source jurisprudentielle, qui exige le maintien de la matière aux mains du service, d'une part, et la conception rigoureuse de l'irrecevabilité de la déclaration en douanes, ne permettent pas de poser ici le problème du silence, avec un simulacre de vraisemblance.

En matière fiscale, notre question ne bénéficie donc que d'un cadre très étroit. Elle n'existe pas dans tout le domaine des litiges qui ressortissent des tribunaux judiciaires. Les Conseils de Préfecture connaissent du contentieux des contributions directes, et l'admissibilité du débat suppose

une réclamation préalable. Ils connaissent encore du contentieux de la taxe sur le chiffre d'affaires ; il est vrai qu'ici, il s'agit d'un nouvel impôt indirect, et le régime qui lui est appliqué est copié sur celui dont jouissent les autres impôts indirects, toute question de compétence mise à part. On suit les mêmes règles, mais levant le conseil de préfecture, au lieu que ce soit devant le tribunal civil. La possibilité d'assigner l'administration est d'ailleurs le régime normal devant cette juridiction administrative. Nous savons qu'en principe, il n'y a pas lieu à une formalité spéciale pour la saisir. Il n'existe qu'une seule exception, fort remarquable et fort importante : c'est le Contentieux des Contributions directes.

Aussi, n'y a-t-il qu'en cette matière où, au point de vue fiscal, on puisse poser le problème du silence.

### *La Solution Légale.*

La loi du 27 décembre 1927 règle la formation de ce contentieux. Dans son article 10, elle détermine que les réclamations seront adressées à la direction des contributions directes, et que l'administration en délivrera récépissé, si les contribuables intéressés le requièrent. L'article 11 donne au directeur un délai de six mois pour statuer.

Ces dispositions nécessitent quelques développements.

Le principe qui domine tout le droit fiscal est celui de l'égalité des citoyens devant l'impôt. Il vaut pour tous : pour l'individu et pour la collectivité, pour le contribuable et pour l'administration. L'autorité doit exécuter la loi d'impôt, et elle doit l'exécuter correctement. Ces deux propositions dérivent directement du droit de la révolution, et elles sont inspirées de Rousseau. Aussi, quelle que soit l'obscurité du raisonnement qu'a professé celui-ci, la loi d'impôt, expression de la volonté générale dans un but d'utilité générale et, par là-même présumé juste. Partant de la situa-

tion égale des individus devant elle, le principe de l'égalité devant l'impôt apparaît dans toute sa rigueur. Le pouvoir administratif est commis en vue d'appliquer la loi. S'il ne le fait pas correctement, et de telle manière que l'a décidé la volonté générale, il est bien évident qu'il ne respectera pas la justice et rompt l'égalité présumée, certes, mais d'une présomption irréfringable.

La réclamation que le contribuable adresse au directeur constitue une protestation contre la violation de cette égalité. Il ne soulève pas encore de contestation ; il en appelle à la validité de la norme juridique, dans sa brutalité intégrale. Ecartant d'emblée, les deux cas où le directeur peut formuler une réponse précise, nous allons supposer que celui du silence se trouve réalisé. Aucune modification n'est apportée au rôle. Sa teneur subsiste entière. L'administration pourra l'exécuter tel quel, car elle ne connaît que son titre. En fait comme en droit, le silence constitue bien, en matière de contributions directes, une modalité du rejet.

Envisageons maintenant de quel recours celui-ci est susceptible. De droit commun, le rejet engendre par son fait, un recours contre lui-même ; lorsqu'il se manifeste sous la modalité silence, il faut, nous le savons, qu'il se prolonge pendant quatre mois pour que le requérant puisse agir en Justice. Or l'article 11 de la loi du 27 décembre 1927 substitue à ce délai celui de six mois qu'elle impartit au directeur pour faire connaître sa réponse. Par conséquent, la signification juridique du silence n'est acquise que par l'écoulement de ces six mois.

Sans doute, en cette matière, la nécessité du recours contre le silence était plus impérative qu'en toute autre. La généralité du statut fiscal, le principe de l'égalité, la facilité avec laquelle celle-ci pourrait être enfreinte et l'individu spolié, la tendance marquée de tout gouvernement à se procurer des ressources occultes exigeaient que l'arbitraire ne

put se glisser dans la confection des rôles et que le contrôle juridictionnel en fut toujours possible. Le contrôle du Parlement sur les finances publiques, le droit pour la Nation de fixer la part contributive de chacun seraient illusoires, si par un moyen quelconque, le Gouvernement avait la possibilité de percevoir des impôts qui demeureraient purement occultes par la seule volonté de ce même gouvernement. Or, c'est précisément dans ces prérogatives financières des Corps représentatifs que résident les fondements de toute démocratie moderne ; elles ont été conquises une à une. Elles ne formeraient qu'un vain mot si on ne pouvait les faire respecter. L'importance politique du recours contre le silence est ainsi incommensurable.

Son importance économique n'est pas moindre. De toute nécessité, à moins de constituer une charge énorme et injustifiée pour le pays, l'impôt ne doit pas dépasser les limites de ce qui est nécessaire à l'intérêt général ; l'organisme législatif le détermine. Chacun sait jusqu'à quel point, ses facultés seront atteintes. Sans cette certitude, l'activité économique souffrirait, car un élément important des charges demeurerait instable et ne dépendrait que de l'arbitraire gouvernemental. La situation économique est un élément primordial dans la détermination de la volonté générale. Dans une grande mesure, c'est elle qui la fait, et elle tend à le faire au mieux des intérêts généraux, tout au moins lorsque la publicité des incidents parlementaires est suffisamment assurée, et qu'elle n'est pas faussée par le jeu des intérêts particuliers d'individualités ou de groupements. Si la loi ainsi établie ne trouve pas toute son efficacité, la situation est désaxée, et subit des perturbations dont ne peut s'accommoder une société policée. Sous l'angle économique, il est donc absolument nécessaire que chacun puisse se pourvoir contre l'activité du gouvernement lorsqu'elle devient arbitraire et se dissimule dans une inertie

apparente. Non seulement le contrôle de la légalité des rôles apparaît comme utile au contribuable, ce qui est manifeste, puisqu'il lui permet d'éviter un appauvrissement contraire en lui-même à la volonté générale, mais encore il est utile à la collectivité toute entière.

V. — LE SENS DU RECOURS CONTRE LE SILENCE.

Dans l'examen des différents emplois que l'administration pouvait faire du silence, nous avons pu constater que son rôle était de donner ou de refuser une adhésion. L'individu et la société apparaissent comme des antagonistes éventuels. La règle dominante est l'exigence de l'effort que doit faire le particulier pour obtenir cette adhésion, plutôt que le prononcé formel de celle-ci. Le législateur accepte par la suite que le fonds l'emporte sur la forme. Il nous semble difficile d'admettre qu'il n'a pas pu en être ainsi plus rapidement.

*La recherche de l'adhésion.*

La décision préalable est aujourd'hui devenue quelque chose de superflu. Toute la législation que nous venons d'étudier, tend à ne pas considérer son accomplissement formel comme une nécessité. Il apparaît que le législateur a voulu sanctionner non la forme, mais le fonds. Le recours n'atteint pas tant le refus, malgré les apparences de la cause, que les conséquences de ce refus. La création de la nécessité juridique d'une décision préalable s'est décomposée en deux éléments, dont l'un est devenu caduc, alors que l'autre, au contraire, se développait et se fortifiait. Tandis que se dégage l'obligation pour le requérant de s'adresser à l'administration active avant de saisir la justice, l'obligation pour l'administration d'accomplir les actes de la fonction apparaît comme si essentielle qu'on la suppose toujours res-

pectée. Soit qu'elle envisage le silence que l'administration oppose à l'administré, soit qu'elle impartisse au fonctionnaire compétente un délai pour répondre et remplir sa tâche, la loi ne rend plus obligatoire qu'une seule formalité ; cette formalité n'incombe pas à la Puissance Publique. Elle s'impose au particulier. Il faut qu'il adresse une demande ou une réclamation.

On peut ainsi souscrire sans hésiter à l'opinion de M. J. Lafférière. La possibilité du recours est subordonnée à une réclamation préalable, que le particulier produit à l'administration. (1)

La jurisprudence l'a bien entendu de la sorte. Par arrêt du 28 juillet 1908, dans une affaire Espagnol, le Conseil d'Etat a rejeté un pourvoi, parce que le requérant l'avait saisi d'une demande directement, sans s'être d'abord adressé à l'administration active ; ou tout au moins sans établir qu'il l'avait déjà saisie. Le 23 janvier 1924, le Conseil a statué rigoureusement de la même manière. (Affaire Le Trividic.) La fin de l'arrêt est péremptoire : « Considérant... que la dame Le Trividic n'est pas recevable à saisir directement le Conseil d'Etat... » La condition du pourvoi se trouve ainsi nettement dégagée. Pas de pourvoi sans réclamation préalable. La négligence dont l'administration peut se rendre coupable par la suite ne pèsera pas sur le requérant, mais quant à lui, il ne doit pas se montrer négligent non plus. Les arrêts s'appuient toujours sur la décision qui peut ne pas exister formellement ; sans s'arrêter à la fiction qu'ils ont admise depuis longtemps déjà et selon laquelle le silence constitue une décision implicite de rejet, on peut aller directement à la conclusion de l'argumentation. (L'expression est cependant d'une terminologie commode, aussi l'employons-nous parfois.) Il faut donc une demande préalable.

---

(1) J. Lafférière. *Le Silence de l'Administration*. *Loc. cit.*

Le mot demande suffit. Il englobe la notion de réclamation et il s'étend à toute autre hypothèse nécessaire, correspondant notamment aux dispositions législatives spéciales que nous avons envisagées. D'ailleurs la réclamation apparaît immédiatement avec une allure contentieuse, alors que souvent l'exercice d'un droit, sans qu'une contestation puisse naître à son encontre, demeure subordonné à une telle demande. Tel le permis de bâtir, sur lequel nous avons insisté antérieurement. Peu importe le sens donné au silence ; il suffit qu'il existe réellement ; il n'en est ainsi que si l'administration ne répond pas.

Est-ce à dire que cette règle ne subisse jamais d'échec ? On ne saurait invoquer à l'appui d'une réponse affirmative, l'arrêt Ville de Toulouse, du 23 novembre 1917 (S. 1924-3-16). Certes, on peut concevoir que le Ministre, lors de la communication du dossier, présente ses observations, au fonds, et qu'ainsi les vices de forme du pourvoi peuvent être couverts, et cela, notamment si la prétention a été directement portée devant le conseil. Mais dans l'hypothèse que nous avons envisagée, on pourrait dire que l'absence de réclamation n'est pas probante par elle-même, et d'autre part que cette absence est elle aussi, contestable. Examinons l'affaire. A la suite d'un accident qui lui était survenu à l'école, le jeune Beltramé avait perdu un œil. Le père agit devant la juridiction judiciaire, mais le tribunal reconnut qu'on ne pouvait reprocher aucune faute ou négligence à l'instituteur. Une instance s'engagea devant le Conseil de Préfecture, la responsabilité pour vice d'un travail public, en l'espèce, l'école, étant soulevée. La Ville de Toulouse, défenderesse devant cette juridiction, estima que l'accident avait trouvé sa cause dans la mauvaise organisation du service, et que l'Etat devait en supporter les conséquences ; elle mit donc en cause ce dernier, bien que le Conseil de préfecture fut incompétent pour connaître du litige sous cette

forme. Dès lors, on pourrait dire que la mise en cause de l'Etat ne constituait pas l'instance principale, qu'il ne s'agissait pas d'autre chose qu'un incident, même lorsque l'affaire fut dévolue au Conseil d'Etat ; le fait de la responsabilité était indéniable ; la seule question était de savoir quel en était le sujet passif, et à quel patrimoine, par conséquent, on en devait imputer la charge. Mais si aujourd'hui le Conseil d'Etat admet qu'une demande portée devant une autorité incompétente produit cependant effet, il n'en était pas de même en 1917 ; et encore faut-il remarquer que dans le cas où on avait eu à se prononcer, un ministre pouvait en quelque sorte en suppléer un autre, et un maire son Conseil municipal ; mais il est plus osé de songer à faire représenter l'organisation de l'Etat par l'administration communale, et cela en ne tenant pas compte du fondement que le demandeur attribue lui-même à prétention. L'argument n'aurait, toutefois, pas grande force, et serait aisément controuvable ; il ne s'appuie pas sur la réalité des faits, mais sur des hypothèses d'assimilation. Mais il en est un autre, plus fort. N'y avait-il pas eu réclamation de la Ville de Toulouse à l'administration de l'Etat ? La mise en cause de l'Etat devant le Conseil de Préfecture saisissait cette juridiction d'une question qui était hors de son ressort, et que seul, le Conseil d'Etat pouvait trancher. Nulle part le législateur ne stipule que la réclamation doit épouser telle ou telle condition de forme. Dès lors il faudrait reconnaître que la mise en cause constituait bien une réclamation : la prétention de la Ville, ses arguments, ses moyens y avaient pris corps. Certainement, on ne saurait assimiler la réclamation préalable à la mise en demeure du Droit Civil. Il n'en subsiste pas moins un certain parallélisme purement extérieur, et on sait qu'une citation, même devant une juridiction incompétente, vaut mise en demeure. Dans notre hypothèse, la Ville de Toulouse avait attiré l'Etat devant

une juridiction incompétente, et où on n'exige pas la formalité de la réclamation préalable ; cette mise en cause pouvait facilement être considérée comme tenant lieu de réclamation à l'égard du Conseil d'Etat.

Cette assimilation de la réclamation à une formalité d'ordre procédurier nous permettrait d'ailleurs de tirer une conséquence juridique des conclusions que peut présenter le Ministre au fonds, sans soulever le défaut de réclamation préalable. S'il ne s'agit que d'une telle observation, il faut évidemment la soulever *in limine litis*, et la Puissance Publique ne sera plus recevable à la formuler après avoir conclu sur le fonds de l'affaire. La situation s'apparente à celle que prévoit l'article 173 du Code de Procédure Civile devant les tribunaux judiciaires. La nullité d'un acte de procédure se trouve couverte par l'acceptation du fonds du débat. Le vice de la demande formulée devant le Conseil d'Etat — directement — serait bien un vice de procédure ; la demande serait nulle, mais d'une nullité susceptible de se couvrir : cette conséquence est entrée dans le droit positif.

*La réclamation préalable, exigence récente.*

La décomposition et l'évolution de la règle juridique qui permet de passer outre au silence est une création récente. Œuvre à la fois de la loi et de la jurisprudence, il est permis de se demander pourquoi ce phénomène ne s'est pas produit plus tôt.

Cela tient à deux considérations. L'une concerne la méthode, l'autre la discipline que s'est imposée la juridiction administrative.

Jusqu'à une époque récente, nous l'avons déjà exprimé en envisageant succinctement le problème de l'abus de la fonction et de ses prérogatives, les tribunaux s'attachaient à la lettre du texte plutôt qu'à l'esprit du droit. La règle juri-

dique semblait une directive rigide pour le magistrat : il devait l'appliquer de manière intangible. La nécessité d'une décision préalable admise, il fallait que le Conseil l'appliquât. Peu importait que cette nécessité fût une création jurisprudentielle : elle existait, et sans rechercher le but poursuivi et la raison d'être de cette exigence, elle s'imposait. La considération de la fin poursuivie était devenue étrangère à l'appréciation juridique d'une espèce déterminée. Ce système d'interprétation n'a paru trop étroit qu'à une date récente, et la méthode n'a commencé à évoluer, sous la pression des nécessités journalières et des conceptions sociales en cours, qu'avec l'avènement de ce siècle. Elle n'est pas encore terminée.

Sans doute, pourrait-on objecter, comme on l'a fait effectivement, que cela se comprend quand il s'agit d'une loi, mais non pour l'œuvre de la jurisprudence elle-même, et alors que chacun conserve le pouvoir de défaire ce qu'il a fait. La loi est l'expression de la volonté générale et le pouvoir judiciaire est investi du pouvoir de l'interpréter. Cette interprétation ne saurait aller jusqu'à écarter la règle de Droit. Au contraire, la méthode d'interprétation est demeurée libre, et par suite, le Conseil d'Etat aurait pu modifier la sienne.

C'est alors qu'interviennent les considérations du second ordre. Le Conseil d'Etat s'est fixé une ligne de conduite. Il évite, autant que faire se peut, de s'immiscer dans le domaine de l'administration active. Souvent, en examinant un litige qu'on lui soumet, il ne s'en tient pas à l'étude de la solution et de la règle juridique qui la régit ; il s'inquiète encore des exigences de l'opportunité. Sa décision n'intervient cependant que dans la mesure strictement juridictionnelle. Il ne fait pas œuvre d'administrateur, mais de juge. Les limites de sa compétence s'éloignent parfois de celles qu'on assigne au magistrat judiciaire. L'étendue des deux ressorts ne

cadre pas parfaitement devant les deux ordres de juridiction. Mais il n'en demeure pas moins vrai que statuant au Contentieux, le Conseil est en réalité un juge. Il constate les faits qui lui sont soumis et la règle juridique qui s'applique à la situation résultant de ces faits, puis il en tire la conséquence logique. Il ne donne pas d'ordre aux administrateurs, et parfois même, il renvoie l'affaire devant eux.

Ayant reconnu l'utilité de la décision préalable ainsi que sa nécessité politique, qui, elle, n'existe plus, admettant la parfaite validité de cette règle, il aurait fallu qu'il se reconnut le pouvoir d'adresser aux magistrats actifs l'ordre de répondre aux demandes qu'on leur adressait. Il aurait fallu qu'il se crût fondé à dire : si aucune réponse n'intervient dans un délai de... le silence sera considéré comme un refus; l'administrateur devra répondre dans ce délai. Pour cela, il aurait été nécessaire d'envisager toutes les données techniques et pratiques de la chose, de vérifier si l'avis de services autres que celui appelé à se prononcer était utile, et enfin d'examiner l'encombrement des services. Or il ne pouvait songer à se livrer à un contrôle de l'organisation interne des administrations, et des règles de travail qu'elles devaient suivre. La ligne de conduite qu'il s'était imposée s'y opposait. L'œuvre du législateur confirme pleinement l'existence de cette difficulté. Elle pose un délai fixe de quatre mois, présumé correspondre à l'examen de la situation : elle fait ce que ne pouvait faire le juge. Mais elle admet que des exceptions peuvent surgir, et au fur et à mesure que des problèmes nouveaux surgissent, la loi apporte de nouvelles solutions dérogatoires. Elles n'en perdent pas leur caractère de généralité, puisque peu importe la personne du réclamant ; c'est la nature du droit intéressé qui vient justifier aux yeux de la collectivité les modifications à ce délai ordinaire. Les concepts qui forment les bases de la société actuelle ne paraissent pas pouvoir supporter d'être tenus

aussi longtemps en suspens ? Les questions qui soulèvent, par exemple, l'exercice du droit de propriété, recevront une solution plus rapide. Lorsqu'au contraire, la solution paraîtra impliquer un travail plus approfondi, de l'administration, on lorsque les réclamations viendront converger simultanément sur un même service, il sera nécessaire de prolonger ce délai. Sans cela, ce serait le rôle des tribunaux qui s'encombrerait : la prolongation à six mois du délai de réponse dont jouit le directeur des contributions est significatif : la nécessité de rendre les rôles définitifs le plus rapidement possible, fait enserrer les délais de réclamation dans les trois mois qui suivent la publication ; celle-ci fait courir ce délai pour tous les contribuables intéressés ; les réclamations se produisent toutes dans un court espace de temps d'où encombrement. En outre, comme il y va d'un principe supérieur, le directeur doit s'éclairer avant de prendre une décision ; le délai de quatre mois deviendrait dans ce cas, et pour ces multiples raisons, beaucoup trop exigü.

Cette solution n'était pas la seule admissible ; on se souvient que certains auteurs italiens avaient envisagé la possibilité législative de permettre au Tribunal la possibilité d'accroître ces délais, au cas où ils s'avéreraient insuffisants. Sans préjuger de ce que pourrait être l'attitude de la jurisprudence si ce système existait, on peut affirmer que la règle actuelle s'avère comme étant une efficace garantie pour les particuliers, sans entraver en quoi que ce soit la tâche des administrateurs. Pratiquement, ce système semble bien le meilleur. Ajoutons qu'il est parfaitement conforme aux fondements de notre droit. Le devoir de l'administration ne subit certes aucune modification dans son essence, il en subit dans ses modalités d'exercice. Or ces modalités sont légales. Par suite, il est normal que les modifications le soient également. Elles ont un but social dont il faut tenir compte. La loi détermine le but ainsi que les

moyens qui permettent de l'atteindre. Le problème du silence se ramène, en somme, à celui de ces voies.

## VI. — LE SILENCE EN MATIÈRE DE CONCESSIONS.

Le développement de la civilisation et de la culture n'a permis à la collectivité de sortir de la conception traditionnelle qu'on se faisait de l'Etat que tout dernièrement. Le silence ne pouvait alors se poser que sous la forme où nous l'avons envisagé jusqu'à présent. Le rôle de la Puissance Publique, correspondant à cette conception, était unique lui aussi. Il subsiste pour partie, mais il ne suffit plus. La conception selon laquelle la collectivité doit participer à la richesse des entreprises se fortifie de jour en jour, et est déjà entrée dans le droit positif. La notion du rôle social que jouent celles-ci, ne s'accommode plus de la théorie selon laquelle elles ne seraient plus qu'affaires privées.

Les tendances nouvelles ont fortement impressionné les solutions que donnent les lois du 9 septembre 1919, sur le régime des mines et du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie électrique.

### *Le régime minier.*

La législation du premier Empire déterminait les modalités auxquelles la Puissance Publique soumettait l'exploitation des mines. On remettait leur exploitation à une personne qui pouvait ne pas se confondre avec le propriétaire; des considérations d'ordre économique justifiaient déjà une mesure qui aurait pu être considérée comme une atteinte au droit de propriété : leur exploitation nécessitait des aptitudes spéciales et, de plus, elles ne pouvaient pas se modeler sur la morcellisation du sol. Ces constatations ont encore aujourd'hui, toute leur valeur. Le régime de la concession

subsiste donc, dans son essence. Ses modalités ont cependant changé. La concession qu'avait prévu la loi du 21 avril 1810 était perpétuelle ; elle arrivait, en fait, à créer une véritable propriété du sous-sol au profit du concessionnaire. Il en naissait des dangers divers. Ce bien, d'importance si considérable qu'on l'avait soumis à un régime spécial, se trouvait en quelque sorte soustrait au contrôle de la société et pouvait passer en des mains incapables.

A ce principe de la perpétuité, la loi du 9 septembre 1919 substitua celui de la limitation dans le temps. Mais le législateur a admis que la concession pouvait être renouvelée, soit par une décision formelle, soit par tacite reconduction. Afin que le concessionnaire assure une exploitation rationnelle pendant les dernières années où il se trouve en jouissance, dans l'intérêt bien entendu de la mine et ajoutait-on, de la collectivité (1), on ne voulut pas qu'il fût exposé à une surprise. C'est pourquoi l'administration est tenue de faire connaître sa décision avant la fin de la vingt-cinquième année qui précède l'expiration de la concession. Aussitôt, cependant, il est dit que l'intéressé doit adresser, avant le début de la vingt-sixième année avant cette même expiration, une demande faite au ministre, et celui-ci doit répondre dans le délai d'un an. C'est ainsi qu'on retombe sur la disposition précitée. La sanction du silence réside dans une prorogation sur une nouvelle période de vingt-cinq ans. Cela ne serait qu'une application, en Droit Public, de la tacite reconduction.

Mais on peut supposer que l'intéressé formule une demande tardive. Le législateur a prévu ce cas, dans le même article 2, où il posait les règles précédentes. (art. 2, § 2). L'administration continuerait alors à jouir du délai d'un an, au cours duquel son silence ne préjuge en rien du renouvel-

---

(1) Rapport au Sénat de M. Jevouvrier.

lement sollicité. Par conséquent, le silence qui se prolonge plus d'un an, a seul une signification juridique et comme en matière de propriété, il équivaut à une acceptation ; ce délai prend jour à compter de la demande. On ne peut s'empêcher de comparer le régime qui est instauré à l'égard de l'Etat avec le traitement dont jouit le concessionnaire : d'un côté, le silence équivaut à une approbation, et de l'autre, on ne l'interprète pas comme une renonciation. Il semble qu'on n'a pas voulu bien discriminer les situations de propriétaires et de concessionnaires ; de cette quasi-assimilation est sorti une même réglementation du silence.

#### *L'utilisation de l'énergie électrique.*

Le court espace de temps qui sépare la loi sur les mines de celle sur l'énergie électrique explique facilement les analogies qui existent entre les deux régimes. Elles ne présentent, cependant, pas un parallélisme rigoureux, ni des dispositions identiques. On retrouve, certes, le principe fondamental de la concession temporaire. Il est vrai que pour les entreprises de faible importance, on se contente d'une simple déclaration : mais l'exception n'est qu'apparente : l'industrie extractive connaît le système de l'autorisation, pour les tourbières.

Ne nous occupons que de la concession : sa durée maximum est fixée à soixante-quinze ans. C'est dix ans avant l'expiration de la concession que l'administration doit aviser l'intéressé de l'attitude qu'elle compte prendre. L'article 13 de la loi du 16 octobre 1919 ne formule pas, comme l'article 2 de la loi du 9 septembre 1919, l'obligation pour le concessionnaire d'adresser une demande au ministre pour obtenir prorogation de sa situation. Par suite, le problème du silence ne se pose pas ici. Dans les deux matières si voisines, la législation n'est pas rigoureusement la mê-

me : dans un cas, il y a tacite reconduction pure et simple, dans l'autre, on exige une réclamation préalable.

Par contre, l'article 24 de cette même loi pose le problème du silence dans une autre circonstance : il règle les modalités d'attributions des concessions. Ce texte détermine que l'administration jouit d'un délai de six mois pour répondre à la demande qui lui a été adressée, pour accorder ou refuser l'octroi de la concession. Ce n'est qu'au bout de ce délai que le silence prend une signification : comme la loi ne dit pas laquelle, il équivaudra à rejet. L'augmentation des délais de droit commun se justifie par la complexité des aspects dont devra se préoccuper l'administration, qui devra prendre l'avis de divers services. Le changement d'attitude du législateur correspond ici à la différenciation des intérêts qui sont en jeu : l'aspirant concessionnaire en a certes moins que celui qui exploite depuis déjà de longues années.

L'administration aura donc moins d'égard pour celui-là. Le silence n'a pas la même valeur, ni la même signification.

## CHAPITRE V

### Le Silence dans l'organisation et le fonctionnement des services publics.

---

Lorsque le silence se produit à l'intérieur de l'organisation administrative, il ne faut pas qu'il paralyse l'activité de la collectivité. Cela pourrait se produire notamment lorsqu'un service ne peut pas prendre de décision éclairée sans connaître l'avis d'autres organismes à compétence technique. C'est bien là le premier cas qui peut se poser. Il en est un autre tout aussi fréquent : il provient du système de tutelle administrative qui existe en France. Dans ces deux hypothèses l'administration est seule intéressée, mais le problème n'est pas homogène, parce que dans la première, ce sont deux services de même ordre qui coopèrent, et dans le second, ce sont souvent deux organismes qui se combattent.

Il existe d'autres possibilités : les progrès de la démocratie font jouer à l'individu un rôle de plus en plus grand dans l'organisation interne de la puissance publique. Parfois il est appelé à le jouer en tant qu'homme ; le cas est net dans l'élection aux organismes administratifs généraux. Le contentieux électoral ne constitue pas un domaine étranger au silence. La représentation des intérêts particuliers dans les organismes administratifs généralisent ces considérations, c'est la conséquence du développement du corporatisme. Pour assurer la régularité de toutes ces élections, et le fonctionnement continu des services dont le personnel

est ainsi recruté, il fallait créer une réglementation développée, où la question du silence reçoit une solution particulière.

Enfin le fonctionnement des services publics ne suppose pas qu'une activité étatique. Le régime de la concession et, d'une manière générale, la mission que reçoivent certains individus de gérer les entreprises publiques, peuvent soulever des difficultés entre le particulier et l'administration d'autre part. Nous envisagerons d'abord cet aspect du problème.

#### I. — L'INDIVIDU LIÉ PAR UN CONTRAT ADMINISTRATIF.

Nous avons là le cas le plus voisin de ceux que nous avons examinés précédemment. On peut supposer, et c'est le cas le plus pratique, qu'un concessionnaire de travaux publics ait quelques difficultés avec l'administration. Il se rapproche du simple particulier, puisqu'il n'est pas fonctionnaire, et, cependant, il contribue au fonctionnement d'un service et par là, se trouve intégré dans une fonction publique.

Lorsqu'un contrat lie un entrepreneur avec l'administration, il détermine les charges qui pèseront sur chacun d'eux. Il exécute les travaux dont l'administration assume la direction. En fait, les ordres de l'ingénieur peuvent singulièrement aggraver ses charges. De même, l'entrepreneur est toujours porté à surestimer celles-ci. La juridiction compétente en matière de travaux publics est le Conseil de Préfecture ; elle peut être saisie, en principe, *de plano*, tant par voie d'assignation que par voie de requête. La jurisprudence n'y impose pas la formalité de la décision préalable. Cependant, dans le cas qui nous occupe, l'individu ne peut pas aussi facilement engager la procédure.

L'article 51 du Cahier des Clauses et Conditions Générales

des Ponts-et-Chaussées détermine, en effet : « En cas de contestation avec l'ingénieur en chef, l'entrepreneur doit à peine de forclusion, dans un délai maximum de trois mois à partir de la notification de ce chef de service, adresser au préfet pour être transmis pour avis aux ingénieurs de l'administration, un mémoire où il indique les motifs et le montant de ses réclamations. Si dans un délai de trois mois à partir de la remise au préfet, l'administration n'a pas fait connaître sa réponse, l'entrepreneur peut, comme dans le cas où ses réclamations ne seraient pas admises, saisir desdites réclamations la juridiction contentieuse. Il n'est admis à porter devant cette juridiction que les griefs énoncés dans le mémoire remis au préfet. » L'article 40 du Cahier des Clauses Générales pour les travaux de l'armée stipule de la même manière ne dérogeant à ces dispositions que pour porter à six mois le délai qui est ici de trois.

Ainsi l'entrepreneur ne produit pas seulement une réclamation à l'administration : il doit fournir un mémoire. On se souvient que certains auteurs ont parfois songé à rapprocher la formalité de la réclamation préalable, celle du mémoire préalable ; mais celui-ci n'existe que tout à fait exceptionnellement, et la loi ne l'exige que pour engager devant les juridictions judiciaires les litiges qui concernent les biens domaniaux, et quelques autres limitativement énumérés ; nous savons d'autre part que la décision préalable est toujours exigée devant le Conseil d'Etat. Le mémoire qu'exige le cahier des conditions générales est, lui, extra légal, conventionnel. Il s'apparente cependant au mémoire que nous venons d'envisager, et à la réclamation préalable.

Cela se conçoit aisément. Malgré toutes les justifications qu'on apporte à la distinction des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs, si la nature de ces institutions varie, leur essence demeure immuable. A supposer qu'on ne puisse intégrer, pour des raisons pratiques, le contentieux

des travaux publics dans celui de la domanialité, il n'en subsiste pas moins qu'il y a entre eux une étroite parenté. De là l'extension toute naturelle du mémoire préalable; cela était d'autant plus facile que, si la loi ne l'impose pas, les parties sont dans une situation contractuelle et qu'elles peuvent ainsi se forger les obligations qui leur ont convenu (1). L'insertion dans le contrat rend donc la formalité nécessaire. Si elle était omise, il n'en serait rien. Elle n'est jamais que particulière.

Mais il tient aussi de la réclamation. Il en résulte que lorsqu'il demeure sans réponse, le silence de l'administration prend une signification juridique : il équivaut à un rejet de la réclamation. Il suffit qu'il se prolonge pendant trois mois. Dans le cas de silence comme dans celui de rejet formel, on ne peut réclamer que sur ce qui a fait l'objet d'une mention au mémoire.

Les effets du silence sont donc dans ce cas les mêmes qu'ils le seraient de droit commun. Cependant, la formalité imposée à l'entrepreneur n'a pas la même nature que celle exigée devant le Conseil d'Etat, elle est ici une obligation d'origine contractuelle, et elle n'a pas un caractère statutaire, objectif : elle a été librement consentie, ou du moins on doit la considérer comme telle. C'est le fruit d'une clause dont les deux parties espèrent qu'elle permettra d'éviter des procès, et non la conséquence fatale de la situation supérieure de la puissance publique par rapport à l'individu.

## II. — LE SILENCE DANS LE CONTENTIEUX ÉLECTORAL.

Le développement des institutions démocratiques a amené la nomination de nombreux fonctionnaires par la voie de l'élection. Sans nous arrêter au recrutement des assemblées

---

(1) G. Jèze. — *De l'exécution des Contrats administratifs*, in *Revue de Droit Public* 1931, p. 719.

législatives qui sont seules appelées à connaître de la validité de l'élection de leurs membres, il faut immédiatement songer à celui des assemblées locales ou régionales. La contestation d'un mandat de conseiller ne peut pas rester longtemps en suspens ; l'organisme saisi d'une telle réclamation ne peut pas garder le silence : il doit se prononcer à bref délai.

A côté de ce phénomène où le problème du silence a reçu une solution depuis déjà longtemps, sous le double courant du développement économique et de la pensée sociale, on a songé à créer des organismes officiels représentatifs de certaines catégories d'intérêts. Leur recrutement a subi l'influence des idées démocratiques, bien que leur principe ne l'exigeât nullement, et qu'il y ait peut-être antinomie entre leur existence même et le principe démocratique. Ils ont quelque fois un pouvoir de décision, et ils ont souvent à donner des avis, et sans doute dans ce dernier cas, ils ne présentent pas un caractère aussi inharmonique par rapport aux intérêts généraux que dans le premier. Leur composition nécessite l'organisation d'un contentieux électoral : la réclamation y revêt un aspect plus administratif et moins juridictionnel qu'en ce qui concerne les organismes d'administration commune.

#### *Les réclamations des particuliers en matière électorale.*

La réglementation de la matière n'est pas récente : c'est l'un des domaines où la législation a adopté une solution, en cas de silence, dès avant 1900 ; l'article 38 de la loi du 5 avril 1884 est encore la source législative pour les contestations d'élections municipales. Il dispose que, le Conseil de Préfecture ayant compétence, cet organisme doit statuer sur la réclamation contre la validité d'une élection dans le mois qui suit le dépôt des pièces au greffe de la préfecture ; toutefois, lorsqu'il y a un renouvellement général, ce délai est

doublé, en prévision du grand nombre des réclamations qui peuvent surgir en même temps. S'il y a lieu à une enquête, elle doit se faire dans le délai d'un mois. Alors, le conseil est tenu de rendre une décision sur le fonds.

Si le silence se prolongeait et que le conseil ne statue pas avec assez de rapidité, la réclamation serait présumée rejetée. Le requérant peut aussitôt se pourvoir devant le Conseil d'Etat, comme s'il s'agissait d'un appel ordinaire ; le conseil de préfecture est définitivement dessaisi. Le préfet doit, d'ailleurs, aviser l'intéressé que sa demande n'a pas reçu satisfaction, et celui-ci ne jouit que de cinq jours pour introduire son pourvoi devant le Conseil d'état.

Il faut noter une différence profonde des régimes de dévolution de la question au Conseil d'état, selon que le Conseil de préfecture a statué ou n'a pas statué. Le délai de cinq jours est particulier au cas de silence. Si au contraire, il y a eu une décision formelle, l'article 40 accorde un délai d'un mois pour déposer le recours au greffe de la préfecture. Nous assistons donc à un phénomène inverse de celui que produit le silence prévu par la loi de 1900. On se souvient qu'alors le recours demeure indéfiniment ouvert. C'est qu'ici le fonds du litige se distingue profondément des cas où le requérant se plaint de la violation d'un droit ou d'un intérêt. On ne se trouve plus en présence d'une question d'ordre patrimonial. Il y va de l'organisation administrative elle-même.

Le conseil municipal gère les affaires de la commune, la vie de celle-ci est permanente. Ses intérêts et leur gestion le doivent être également. D'où nécessité d'accélérer la solution des différends qui peuvent naître au sujet de l'organisme de gestion. Il est nécessaire qu'elles soient tranchées juridictionnellement. Le fait même qu'on dévolue au suffrage universel le soin de désigner et nommer les membres du corps municipal implique le respect des règles que la loi

formule en ce qui concerne la composition du conseil. Il faut un examen en fait et en droit des difficultés qui peuvent surgir, c'est-à-dire un examen juridictionnel. La conciliation des deux nécessités : fonctionnement permanent du conseil, et très large recevabilité des recours aboutit à l'organisation d'un contentieux rapide, et à la réduction du silence. L'administration ne peut par son fait, laisser en suspens des questions qui touchent au fondement organique de la société. L'existence d'une juridiction du premier degré ne saurait justifier sa carence. Celle-ci pourrait même constituer un déni de justice : le législateur n'a pas voulu de cette rigueur. D'ailleurs, à quelle indemnité aurait pu conduire l'exercice d'une prise à partie en ce cas ?

Il ne faut pas s'étonner que l'article 79 étende la même règle aux élections des maires et adjoints. On retrouve la même nécessité d'un contrôle juridictionnel et de célérité dans son exercice. Il était donc inévitable qu'il y ait une réglementation homogène.

Les recours contre les élections aux conseils généraux présentent des analogies avec les précédents. Cependant, il n'existe qu'un seul degré de juridiction ; on se pourvoit directement devant le Conseil d'état. La suppression du premier degré ne permet pas de poser le problème du silence prolongé que pourrait conserver une juridiction du premier degré puisqu'il n'y en a pas. Cependant, il faut souligner que le législateur de 1871 est allé très loin : le Conseil d'état doit statuer dans un délai de trois mois. Ce délai ne reçoit, d'ailleurs, aucune sanction légale. On ne saurait alors attribuer au silence dans ces conditions la signification d'un rejet. Il faut qu'une décision juridictionnelle présente des motifs, — ce n'est plus contesté en France — et le silence, par définition, n'en saurait comporter. La rigueur de la solution ne permettrait pas de considérer qu'il peut y avoir déni de justice. Sans doute est-ce la difficulté de cette situation

qu'a voulu éviter le législateur. Il a préféré se réfugier lui-même dans la carence plutôt que sanctionner celle qui pouvait facilement se produire, de par l'économie même du système qu'il organisait. Aussi peut-on affirmer que malgré le délai de rigueur, la solution juridictionnelle peut se manifester tardivement. La disposition de la loi du 5 avril 1884, qui établit qu'en cas d'appel, le conseil doit statuer comme en matière urgente semble plus rationnelle.

### *L'administration et le contentieux électoral.*

Le fait que les administrations locales et régionales présentent un caractère électif implique un contrôle de l'administration sur ces organismes. Ils sont avant tout administratifs, et subsidiairement seulement, politiques. De là la possibilité pour les représentants de la Puissance Publique de se pourvoir contre les élections viciées. Sans doute, l'article 37 de la loi municipale restreint-il cette faculté aux cas de violation des conditions et formes légales ; sans doute encore, cette disposition ne fait-elle que reproduire mot pour mot l'article 15 de la loi du 10 août 1875. Il n'en subsiste pas moins que la collectivité a réglé soigneusement le cadre dans lequel les organismes locaux pourraient se constituer, et qu'elle a conservé le pouvoir de faire respecter sa volonté. Cependant une présomption subsiste, qu'implique la démocratisation des institutions. L'expression de la volonté de la collectivité secondaire est présumée parfaite, et si la collectivité ne manifeste pas formellement sa volonté contraire les élections administratives se présentent dans toute leur validité. Le silence du pouvoir central vaut approbation des opérations électorales.

La durée nécessaire de ce silence est réduite au stricte minimum. La loi de 1871 exige que le préfet se pourvoie dans les vingt jours de l'élection pour que le recours soit recevable. La loi de 1884 réduit cette faculté à quinze jours.

Le point de départ de ces délais court du jour de la réception du procès-verbal de l'élection. Le pouvoir central contrôle, mais ne doit pas apporter de perturbations dans l'existence des communautés secondaires. C'est pourquoi il doit se pourvoir avec célérité. Le silence du préfet vaut ainsi approbation des opérations électorales.

Dans la même matière, son silence constituerait une grave faute, si après une annulation le gouvernement ne convoquait pas les électeurs dans un délai de deux mois pour une élection départementale (ou pour celle d'un député), et de trois mois pour une élection municipale. A vrai dire, ici, le silence n'est pas susceptible d'interprétation et la loi n'a pas établi de sanction : mais comme la raison d'être de ces dispositions puise sa source dans le respect de principes démocratiques, qu'il s'agit au premier chef d'une règle politique, il est certain que le gouvernement engagerait sa responsabilité politique et encourerait une interpellation parlementaire.

### *Le contentieux des élections aux divers corps élus.*

Le système de l'élection pour la désignation des représentants chargée de la défense des intérêts collectifs a reçu une grande extension. A côté des intérêts généraux existent des intérêts communs à certaines catégories de gens. Le développement de l'économie, le principe de la spécialisation ont donné naissance à de nombreux organismes spéciaux, où a débordé la pratique de l'élection. La complexité a également poussé vers ce résultat. Chaque fois d'un corps élu a été créé, il a fallu prévoir une organisation du contentieux ; presque chaque fois, le problème du silence s'est posé. La juridiction étant souvent de type administratif, copiée sur l'ancienne institution du ministre juge, le silence devait éventuellement être prévu. Les textes qui nous intéressent

sont particulièrement nombreux, mais quelques exemples suffiront pour dégager les directives générales.

Le décret du 29 juillet 1930, sur la protection des sites et monuments prévoit les élections des membres aux commissions. Les électeurs figurent sur des listes spéciales. Aux termes de l'article 4, les industriels omis ou rayés de ces listes peuvent formuler une réclamation contre l'inscription de tel ou tel industriel. Le préfet doit statuer dans les dix jours ; dans le silence du texte, cette décision est évidemment susceptible d'un contrôle juridictionnel, et aussi d'un contrôle purement administratif par la voie hiérarchique. L'article 8 reproduit les dispositions de l'article 4, au profit des associations touristiques, des syndicats d'initiative et des associations artistiques, littéraires ou scientifiques.

Les élections elles-mêmes peuvent être attaquées. L'article 10 prévoit que la réclamation sera produite au secrétariat de la préfecture et que le ministre statuera dans le délai d'un mois. A défaut de plus ample disposition, il faut admettre qu'un silence plus long équivaldrait à une décision de rejet, et que l'intéressé pourrait la déférer au Conseil d'Etat.

Le décret du 27 juin 1928 établit un délai de deux mois au cours duquel le Ministre des Pensions doit statuer sur les contestations relatives aux élections à l'Office National et aux Comités départementaux des combattants. Mais ici, il n'y a pas de recours, les articles 9 et 12 établissant formellement qu'il s'agit d'une décision définitive.

En face de ces textes dont l'un est muet sur le recours, et dont l'autre en rejette la possibilité, il faut signaler deux décrets qui ne laissent place à aucune équivoque. Les articles 76 et 87 du décret du 15 novembre 1917 sur les élections aux conseils des Pupilles de la nation confèrent une compétence quasi-juridictionnelle au Ministre de l'Instruction

Publique : lorsqu'un recours lui est notifié à ce sujet, il doit rendre sa décision dans un délai de quinzaine ; au-delà, son silence vaut rejet, et il y a possibilité de recours devant le Conseil d'Etat ; cette même réglementation se retrouve dans l'article 21 du décret du 30 mars 1929 sur les chambres d'agriculture ; toutefois, le délai imparti au ministre de l'agriculture est réduit à dix jours, passé lequel son silence vaut rejet et peut être déféré au Conseil d'Etat.

Les diverses solutions correspondent à diverses situations. Dans le cas de l'élection à l'office national des combattants, l'institution apparaît en elle-même comme une mesure gracieuse, dont la source n'est que dans la défense d'un intérêt juste, mais non de droit. On pourrait objecter qu'en ce qui concerne les pupilles de la nation, la situation n'est guère différente : ce serait une illusion ; leur conseil d'administration a une activité juridique, les pupilles étant des adoptés de la nation. Bien qu'ayant une même physionomie sociale et politique, la situation juridique est profondément différente dans ces deux cas.

Le régime des chambres d'agriculture et celui des commissions des sites et monuments correspondent à un besoin qui n'est pas tant d'ordre social que d'ordre économique. C'est pourquoi le recours est toujours ouvert contre le silence du ministre compétent. Le but des chambres d'agriculture est suffisamment évident pour qu'on puisse voir leur rôle économique. Quant aux commissions des sites et monuments, par leur avis, elles peuvent avoir une influence considérable sur l'exercice individuel de la liberté de l'industrie et sur les charges des entreprises. Il y va réellement de la défense d'un droit.

On peut donc dire que là où le corps élu a pour fonction la défense de l'exercice d'un droit individuel, il y a lieu à recours contentieux devant le Conseil d'Etat. S'il s'agit

de la défense d'un intérêt exorbitant, il n'en est plus de même. Dans le premier cas, il s'agit de véritables organes administratifs ; on les a aménagés selon le principe démocratique, avec lesquels ils sont d'ailleurs en contradiction : faisons abstraction des pupilles de la nation. Les désirs et les avis des autres organismes ne coïncident pas avec ceux de la collectivité au sein de laquelle ils agissent ; sans cela leur création eût été incompréhensible ; il existe suffisamment de corps élus pour exprimer la commune volonté : tout au plus eût-il parfois fallu étendre leur compétence. Il y a de la sorte, intégration des intérêts particuliers dans l'administration, avec compénétration des méthodes. Cela justifie la compétence purement administrative.

### III. — COOPÉRATION DE DIVERSES ADMINISTRATIONS.

Le développement de la culture et des méthodes économiques a suscité la création de nouveaux organes administratifs. Sous le Second Empire, le gouvernement comportait sept ministères. Aujourd'hui, il n'est pas rare d'en compter une vingtaine (sans compter les sous-secrétariats d'Etat). La spécialisation de chaque service s'accroît constamment. Suivant une voie parallèle, en vertu des mêmes causes, chaque problème se présente dans la pratique avec une complexité croissante. Sous l'influence de ces deux phénomènes se pose le problème de la coopérations des différentes branches de l'administration. Nous avons déjà rencontré ce problème sous l'un de ses aspects, en étudiant l'arrêt *Garcin*, et les obligations de la puissance publique. Cette nécessité n'est pas uniquement jurisprudentielle, elle est parfois légale. La puissance publique étant une, la différenciation de ses organes ne peut pas nuire aux administrés, ni déprécier l'activité de l'administration. La coopération des diverses branches présente un double échelon, selon qu'il y va

de la compétence de deux administrations qui sont sur le même pied, ou au contraire de deux administrations hiérarchisées.

*Les administrations sont de même ordre.*

La compétence dévolue à plusieurs services laisse supposer qu'il peut s'agir de services relevant de l'organisation centrale de l'Etat ou de service relevant d'une organisation décentralisée dans l'espace.

Parfois il y va de la compétence principale d'un service, mais avec nécessité de connaître l'avis de techniciens ou d'intéressés. C'est ainsi que les régies municipales doivent être ratifiées par le pouvoir central ; il se peut que cette ratification émane des ministres de l'intérieur et des finances ; on saisit ainsi sur le vif le phénomène dans lequel deux organismes de la puissance publique sont amenés à se prononcer simultanément sur un même problème ; mais à des points de vue différents. Le ministère de l'intérieur voit les objections à tirer de l'intérêt général, le ministère des finances du point de vue financier. Il s'agit bien de deux ordres de difficultés foncièrement différents. Cependant ce n'est qu'une seule et même puissance publique qui se trouve ainsi intéressée par le double problème soulevé. Il n'y aura qu'une seule décision de l'appareil étatique : il ne faut pas que l'un des services soit entravé par le fonctionnement au ralenti de l'autre. Le décret du 17 février 1930 n'impartit pas à chacune de ces administrations un délai particulier, mais leur accorde un délai global de six mois, au-delà duquel le silence vaut absence d'opposition ; cela concerne le silence de chacun des services intéressés.

Le décret du 29 juillet 1927 sur les distributions d'électricité formule en ces termes son article 17 : « L'ingénieur en chef du contrôle, sur le vu du dossier d'enquête, entend

les concessionnaires antérieurs, provoque s'il y a lieu une conférence entre les services intéressés, dont les avis doivent lui parvenir dans le délai d'un mois, puis transmet le dossier avec ses observations ou propositions au maire ou au président du syndicat. » Les articles 25, 34, 43 présentent des dispositions analogues pour les cas concernant les intérêts de l'Etat ou de services concédés. Chaque fois on retrouve la mention du délai de un mois qui est imparti aux services dont l'avis est requis. Mais le décret, ici, se garde bien de préjuger du silence. Sa signification demeure une question d'appréciation pour l'ingénieur en chef. Mais le silence ne pourra pas paralyser sa décision.

La loi du 31 mars 1913 sur les monuments historiques pose aussi le problème du silence dans son article 8. Le classement d'un immeuble qui appartient à un patrimoine de droit public, n'emporte pas la désappropriation de ce patrimoine ; s'il appartient à l'Etat, il demeure soumis à la gestion du patrimoine qui en use. Dans tous les cas, l'administration des beaux-arts a un droit de regard tel que pour l'aliénation de cet immeuble, il faut que le ministre ait donné son avis ; il a quinze jours pour présenter ses observations, sur la notification faite à ses services de l'opération projetée. Ce n'est certes pas la réclamation préalable ; néanmoins, on peut rapprocher ces deux exigences. Dans un cas le recours n'est recevable que la réclamation effectuée, dans l'autre, l'aliénation n'est possible que la notification produite. Le délai passé lequel le silence prend une signification est réduit à quinze jours. Le sens de la décision implicite n'est pas expressément formulé par la loi. Mais l'article 8 dit : « ...Le ministre pourra dans le délai de cinq ans faire prononcer la nullité de l'aliénation consenti sans l'accomplissement de cette formalité ». Il en résulte, *a contrario*, que si cette formalité a été effectuée, il n'y a pas de voie de nullité, et par conséquent que le silence

vaut ici avis favorable. Cette dernière disposition de l'article 8 pose à nouveau le problème du silence. La demande en nullité doit être introduite avant l'expiration d'un délai de cinq ans. Si donc le silence se manifeste dans ces conditions, il équivaut encore à une approbation.

Il faut remarquer que lorsque le silence se manifeste à l'égard d'un particulier, les délais sont, en cette matière, plus courts lorsque le particulier intéressé agit lui-même. Toutefois, il semble bien que s'il y avait tentative de fraude à la loi, il faudrait appliquer les règles générales concernant l'exercice des actions en nullité. Mais le texte n'a plus à proprement parler de signification ; il s'efface devant la prescription. Le second cas de silence dans l'article 8 en apparaît dans tous les cas bien proche.

A l'intérieur de la même matière de la protection des sites et monuments, il faut faire mention de la loi du 2 mai 1930. Nous y rencontrons un exemple de fonctionnement de la commission spéciale sur le recrutement de laquelle nous avons été amenés à présenter quelques observations. La commission départementale doit se prononcer sur toute demande de classement. Lorsqu'un particulier saisit la commission supérieure, il y a lieu à renvoi devant l'organisme départemental. Mais le cas peut présenter urgence, de telle sorte que le ministre peut enjoindre de se prononcer dans un délai qu'il détermine. La loi ne préjuge pas ici de la signification du silence ; il ne s'agit somme toute que d'un avis qui n'est pas de nature à lier la décision de la puissance publique. La solution s'impose *a fortiori* si on prend en considération les termes de l'article 8. Le classement de certains lacs et cours d'eau ne peut se faire sans une sollicitation préalable de l'avis des ministres intéressés. Ceux-ci ont trois mois pour formuler leur réponse. Au delà, il est passé outre. C'est dire qu'alors le silence équivaut à un avis favorable.

Il est aisé de discerner dans ces quelques problèmes qu'a résolus le législateur, la manifestation de deux tendances opposées. Ou bien il s'agit d'une coopération étroite, où deux services de la puissance publique ont à prendre une décision qui doit être unique parce que l'Etat est un, mais cette décision correspond à deux nécessités fondamentalement distinctes. Ou bien il y a une décision qui émane d'un service principalement compétent, mais qui dans un but de bonne administration s'entoure d'avis et d'observations. L'observation s'impose plus à l'autorité qui la reçoit que le simple avis ; elle ne la lie cependant pas complètement. Cependant malgré leur degré différent d'efficacité, et afin de ne pas entraver la marche des services publics, par respect aussi de la compétence normale des organes actifs, le silence vaut dans les deux cas approbation ou avis favorable.

*Les deux administrations sont hiérarchisées.*

Une analyse précise est ici nécessaire pour ne pas confondre les règles concernant la tutelle et le contrôle de l'administration supérieure sur l'activité des collectivités décentralisées, d'une part, et la coopération pour avis et sans ingérence de l'Etat. La limite de démarcation ne peut pas être nette. Comme l'a fait remarquer M. Barthélemy, le nombre des attributions obligatoires des communes va en s'accroissant (1) ; leur champ d'activité s'étend et celui de l'autonomie de leur décision se restreint. Aussi les positions respectives de l'Etat et de la commune apparaissent souvent comme complémentaires. Il est par suite souvent difficile de séparer la coopération de la tutelle. Dans certains cas, il ne peut subsister aucun doute cependant.

---

(1) J. Barthélemy. — *Les tendances de l'administration...* Rev. du Droit Public 1909, p. 114.

Il en est ainsi en matière de réclamation pour les contributions directes. Le directeur doit prendre l'avis des répartiteurs, en ce qui concerne du moins les impôts de répartition. Leur silence ne peut cependant pas paralyser la décision du directeur. Bien que la loi ne le dise pas, ce fonctionnaire pourrait passer outre à leur silence et se prononcer complètement et valablement.

Mais c'est surtout en matière d'assistance que la solution est apparente. La loi du 14 juillet 1905 sur l'assistance obligatoire stipule que la liste des personnes admises à bénéficier de ses dispositions est établie par le Conseil Municipal (sur proposition du bureau d'assistance). Son refus ou sa carence font courrir le délai d'un mois au cours duquel la commission cantonale devra statuer. Si le domicile de secours est départemental, la commission départementale jouit exactement d'un délai de deux mois sous les mêmes conditions que précédemment. La décision peut être déferée au ministre qui n'en connaît pas personnellement, mais transmet le recours à la commission centrale, compétente pour dire s'il n'y a pas d'autre domicile, s'il y a droit à assistance. Le silence en la matière vaut toujours rejet, mais la complexité de la réglementation ne permet pas une grande célérité, surtout si chaque organisme saisi garde le silence. Aussi, dans les cas urgents, a-t-il fallu prévoir mieux. La législation, ici, ne présente pas les caractères qu'on serait fondé à en attendre. Tout ce qu'on peut dire, en guise de justification, c'est que ces dispositions sont la conséquence logique du régime français d'assistance. Les cas que nous venons d'examiner porteraient aisément la qualification de quasi-contentieux.

La matière de l'allocation aux familles dont les soutiens sont sous les drapeaux, est bien proche de la précédente. Le décret du 27 mai 1928 ne s'est cependant pas inspiré de la législation de 1905. Il paraît de prime abord,

plus clair. Voici la réglementation : « A compter de la date du récépissé, dit l'article 3, alinéa 2, court le délai d'un mois, pendant lequel le Conseil municipal, réuni au besoin, en assemblée extraordinaire, doit donner, en comité secret, son avis sur la demande. Faute par lui de se prononcer dans le délai susvisé, il pourra être passé outre... » On ne peut manquer d'opposer les deux dispositions qui se succèdent. Une obligation précise et impérieuse du Conseil municipal que le texte exige formellement, et aussitôt, la règle qu'il pourra être passé outre au silence... Celui-ci ne reçoit même aucune signification, et la question demeure pleine et entière. La solution n'en peut être trouvée qu'en se rapportant au pouvoir discrétionnaire ; c'est peu.

La collaboration existe dans d'autres matières entre les organismes centraux et les organismes locaux. Deux autres exemples suffiront.

La loi du 8 janvier 1905 a simplifié les formalités pour autoriser les établissements publics communaux à ester en justice. Lorsqu'il y a accord entre l'administration de l'établissement public et le Conseil municipal, l'autorisation est de droit ; il n'y a plus lieu de la solliciter de l'administration supérieure. Mais en cas de désaccord, il faut y recourir. L'habilitation est alors effectuée par le Conseil de préfecture qui doit statuer dans le délai de deux mois. Cette règle attire quelques observations. Le Conseil de préfecture est une institution à la fois purement administrative, et aussi, juridictionnelle. Lequel de ces deux caractères est ici prépondérant ? Car il existe un différent entre deux organismes administratifs ; il pourrait y avoir une simple substitution du Conseil de préfecture au Conseil municipal. Ce serait alors un phénomène de tutelle. Mais il paraît évident que le Conseil de préfecture aura à se livrer à des constatations de fait et de droit. Dès lors, il accomplira une œuvre de juridiction. La solution du dilemme est importante, parce que dans la

dernière hypothèse, il y aurait dans le silence un véritable déni de justice ; l'article 3, en tranchant cette question, se prononce sur la nature de l'intervention du Conseil de préfecture. Quand il dit que le silence vaut autorisation, il fait du recours de l'établissement public, un recours administratif. A supposer qu'on n'y voit pas un cas de tutelle, on est à la limite de ce domaine.

Un autre exemple se trouve dans la loi du 19 décembre 1917, sur les établissements dangereux, incommodes et insalubres. Ce n'est pas seulement l'organisation communale qui est en cause, mais encore l'administration départementale. L'autorité essentiellement compétente est le préfet ; mais il doit s'entourer de l'avis des services de police, dont beaucoup sont aux mains des maires, et de la commission départementale d'hygiène, dont le titre est suffisamment caractéristique. Le préfet n'a pas à attendre indéfiniment ces avis : moment où le dossier lui est parvenu. Les services intéressés doivent dès lors donner leur avis dans ce laps de temps. il jouit d'un délai de trois mois pour statuer, à compter du moment où le dossier lui est parvenu. Les services intéressés doivent dès lors donner leur avis dans ce laps de temps. Plus tard, l'autorité serait recevable à passer outre.

Dans tous les cas où il existe une coopération entre les administrations de différents ordres, on ne rencontre pas la même homogénéité qu'en ce qui concerne la collaboration de plusieurs services de la puissance publique. Lorsque la compétence juridique confère un pouvoir complet à l'un des organismes, et que les autres n'interviennent que pour éclairer la solution, à l'aide d'avis, le problème demeure analogue à ce que nous avons vu précédemment. Mais il n'en est plus de même si l'activité envisagée semble garantie ou réglée par l'organisme étatique. Alors, sans qu'il y ait lieu de parler d'un cas de tutelle, le caractère dominant est mixte. Il nous reste à voir les cas de tutelle, *stricto sensu*.

IV. — LA TUTELLE ADMINISTRATIVE ET LE SILENCE.

La centralisation administrative crée de nombreux rapports entre la collectivité étatique et les collectivités secondaires, qui y sont incluses. Le système, tel qu'on le pratique en France, aboutit forcément à une multitude de décisions. Les pouvoirs dont jouissent les organes dits décentralisés ne les émancipent pas de l'ingérence continuelle du pouvoir central. Pour caractériser cet état de chose, on a forgé l'expression de « tutelle administrative » ; il suffit de souligner qu'elle est inexacte ; mais elle est passée dans le langage courant et elle est commode.

La tutelle comporte des opérations nombreuses qu'on peut grouper en deux grandes catégories. Elle s'exerce d'abord à l'occasion de l'activité que l'Etat requiert obligatoirement des administrations locales ou régionales ; elle suppose par là-même un certain pouvoir de contrainte, qui ne s'exerce pas *de plano* ; on rencontre à ce sujet la nécessité d'une mise en demeure ; on conçoit que lorsque celle-ci demeure infructueuse, ce peut être parce que l'organisme intimé garde le silence. Il existe un autre mode d'intervention de la puissance publique ; la loi confère aux administrations décentralisées certains pouvoirs, certaines possibilités et certaines prérogatives dont elles pourraient abuser ; c'est pourquoi chacun de leurs actes est soumis à la censure de l'Autorité Supérieure ; cette censure suppose un examen qui se termine par une décision dans chaque cas : il ne faut pas que l'absence de cette décision entrave l'activité qui a reçu une liberté mesurée.

Le problème de la décentralisation se présente toujours empreint de gravité. Dans celle-ci même, il y a des degrés. Lorsque le législateur adopte une solution, elle ne saurait se généraliser à toutes les collectivités qui sont soumises à son empire. Aussi ne faut-il pas s'étonner des nombreuses

décisions d'espèce qui ne concernent que telle ou telle organisation ou activité. Sans doute, il y a des analogies entre la situation des administrations métropolitaines et celle des colonies ; elles ne sont cependant pas la règle ; on ne peut les généraliser. C'est que, d'une manière générale, on ne doit pas s'arrêter trop longtemps sur ces analogies. Elles risquent d'engendrer des confusions ; la similitude du régime peut masquer une différence essentielle. Lorsque le maire agit comme représentant du pouvoir central, sa situation n'a rien de commun avec celle du Conseil municipal ; cependant on retrouve dans son statut des règles qui grèvent le Conseil municipal, qu'il s'agisse de ce qu'il doit faire ou simplement de ce qu'il peut faire.

Dans tous les cas où des collectivités secondaires se meuvent dans le cadre de l'Etat, des décisions spéciales doivent trancher la situation. Leur grand nombre, leur importance souvent médiocre, font que le problème du silence se poserait fréquemment, s'il n'existait pas de solution précise. L'existence de cette dernière érige, au contraire, le silence en attitude habituelle, en un procédé de gouvernement, dont on use souvent et sans grand inconvénient.

#### *L'obligation des collectivités secondaires d'agir.*

Sans qu'on puisse marquer d'interruption dans la législation, les attributions des collectivités secondaires s'accroissent sans cesse. Le domaine qui s'ouvre devant elles augmente de jour en jour. Il n'en est pas de même de leur liberté. La plupart du temps, ces attributions ont un caractère obligatoire. Deux ordres de besoins y concourent. L'accroissement des charges publiques pousse l'Etat à en rejeter la charge sur les collectivités secondaires ; le développement des grands centres pose des problèmes nouveaux dont la solution intéresse directement l'agglomération sans cepen-

dant laisser l'Etat indifférent : il faut une réglementation générale. Le premier motif a inspiré l'Etat dès le Premier Empire, et on peut citer à titre d'exemple la dévolution des prisons, des palais de justice et de certaines routes aux départements. Le second est plus puissant, il anime une grande part de la législation ; citons le décret du 3 juillet 1905 sur les bureaux d'hygiène et la loi du 15 avril 1916 sur les dispensaires, à titre d'exemples.

Ces deux textes mettent en relief le problème du silence. Il nous est donc nécessaire d'insister sur ces deux cas concrets. Le décret de 1905 porte que si les conditions d'organisation et de fonctionnement des bureaux d'hygiène lui semblent insuffisantes, le préfet invite le Conseil municipal à en délibérer de nouveau : « si dans les deux mois à partir de la notification de cet arrêté, le Conseil municipal n'a pas adopté une nouvelle organisation répondant au vœu de la loi, il est statué s'il y a lieu, par un décret en forme de règlement d'administration publique » ; le Conseil municipal a ainsi un pouvoir atténué de prendre la décision qui lui convient. S'il se dégage des limites qui lui sont imparties, le préfet peut l'y rappeler, au moyen d'un arrêté dont la signification aura la vertu d'une mise en demeure. Si alors, l'autorité municipale se réfugie dans le silence, sans vouloir modifier sa première décision, ni déférer aux ordres du pouvoir central, son attitude deviendra juridiquement un refus d'obtempérer. Toutefois, le silence se présente différemment de ce que nous avons vu jusqu'à présent : tantôt le recours n'existait pas parce qu'il était inutile, tantôt il existait, mais au contentieux. Or, ici, il existe, mais administratif, hiérarchique, pourrait-on dire : le pouvoir central pourra vaincre l'inertie du pouvoir local au moyen d'un décret rendu en Conseil d'Etat, selon la procédure du pouvoir réglementaire seule. La commune reste soumise à l'organisation étatique ; dans un conflit avec le gouvernement, celui-ci l'emporte,

sauf le recours au Conseil d'Etat statuant au contentieux.

La loi du 15 avril 1916 adopte un système analogue. Elle stipule que les communes devront créer des dispensaires d'hygiène sociale, lorsque pendant cinq années consécutives la mortalité sur leur territoire aura dépassé la moyenne de la mortalité de la France. Une fois cette création décidée, « dans le délai d'un mois à dater de la publication du décret, les conseils municipaux seront mis en demeure de procéder à la création, et en cas de refus ou d'absence de délibération pendant le délai de trois mois il y sera pourvu d'office par arrêté préfectoral. » Le système est toujours le même ; mais le silence ne prend de signification que par l'écoulement d'un délai de trois mois au lieu de deux ; quant au recours contre la décision, il trouve son efficacité même entre les mains du préfet qui peut statuer directement.

Il apparaît suffisamment de ces deux textes que l'autorité supérieure ne peut vaincre le silence de l'administration locale que si elle a eu soin de donner un point de départ au silence. Il faut une mise en demeure : il existe à ce sujet une disposition générale. C'est l'article 149 de la loi municipale de 1884, modifié par la loi du 22 mars 1922. Ce texte a trait aux finances de la commune. Celle-ci doit faire face à certaines dépenses obligatoires : nous venons d'en voir des exemples. Lorsque le Conseil municipal s'abstient de voter de telles dépenses, l'administration centrale a le pouvoir de les rétablir ; mais il faut pour cela une mise en demeure préalable. Le délai qui est imparti à la suite de cette dernière varie essentiellement selon les cas. Ce n'est pas tant la durée du silence qui importe, que son existence juridique. Les difficultés que résoud l'article 149 s'étendent d'ailleurs loin. Le Conseil peut se taire sur la dépense et il peut le faire aussi sur les voies et moyens. Deux alternatives se présentent. Ou bien il s'agit d'une dépense ordinaire annuelle, et en face du silence, l'administration est liée : elle devra l'évaluer à

la moyenne du montant de la dépense au cours des trois dernières années. Ou bien il s'agit d'une dépense extraordinaire, et elle sera évaluée pour son montant vrai. Il suffira d'un arrêté si les centimes additionnels autorisés permettent à eux seuls d'y faire face dans la limite du maximum ; sinon, il faudra une loi.

Cette solution s'oppose à celle que prévoit la loi du 10 août 1875 sur les conseils généraux. Dans ses articles 39 et 42, elle fait survivre d'une année à l'autre le montant des contingents pour les contributions directes, ce qui aujourd'hui, n'a plus une grande importance, et elle fait courir jusqu'à l'année suivante le montant maximum des centimes autorisés aux communes. A vrai dire, son article 62, qui régit l'attitude du pouvoir central en cas de refus d'une dépense obligatoire, demeure muet sur le mode d'évaluation de la dépense. Cependant il faut signaler la différence d'esprit dont a témoigné le législateur à l'égard des communes et des départements.

En résumé, le silence ne permet pas à l'administration décentralisée de se soustraire à ses obligations légales. Le pouvoir central qui doit tenir la main à l'accomplissement des fonctions, a toujours la possibilité de donner un point de départ au silence afin de le vaincre. Le silence prend alors une telle signification juridique que la société ne peut pas voir sa volonté tenue en échec.

### *La résistance du Pouvoir Central.*

Non seulement la loi crée des devoirs aux collectivités secondaires, mais encore elle leur confère des droits et leur ouvre des possibilités d'action. Les limites de l'activité possible sont à peu près nettement établies. Toutefois, la loi ne varie pas comme les idées directrices des divers gouvernements successifs. Ceux-ci se montreront plus ou moins

généreux à l'égard des communes et des départements selon leurs conceptions politiques. C'est qu'en effet presque toutes les décisions de ces institutions restent soumises au contrôle du gouvernement.

La loi du 10 août 1871 et celle du 5 avril 1884 avaient créé une double distinction qu'on retrouvait dans chacune d'elles. Il y avait d'une part les délibérations définitives, qui devenaient rapidement exécutoires, et d'autre part les délibérations qui nécessitaient une intervention plus marquée de la puissance publique. L'attitude de cette dernière pouvait ainsi changer de signification pour des raisons purement formelles. Selon que la matière dont il s'agissait figurait à la nomenclature de l'article 46 ou à celle de l'article 48 de la loi du 10 août 1871, la délibération du Conseil général devenait exécutoire plus ou moins rapidement, et les possibilités de recours n'étaient pas les mêmes. Lorsqu'il existait un recours purement administratif, le silence de l'administration centrale devait se prolonger pendant trois mois pour valoir approbation. Lorsqu'il n'existait qu'un recours de type contentieux (art. 48), le silence revêtait cette signification au bout de vingt jours. Le silence ne changeait pas de sens, mais pour arriver au même résultat, il fallait lui appliquer des modalités différentes.

Cette remarque aurait été inexacte à l'égard des conseils municipaux et de leurs pouvoirs. Le silence pouvait changer de nature selon les distinctions proposées par les articles 68 et 69 de la loi du 5 avril 1884. Certaines délibérations devenaient exécutoires du fait même que l'autorité préfectorale les laissait passer sans observation. D'autres au contraire, nécessitaient une autorisation formelle. Aussi, lorsqu'un conseil municipal prenait une décision de la première catégorie, le silence que gardait à son égard le pouvoir central valait approbation s'il durait plus d'un mois. Pour

la seconde catégorie, le silence valait, au contraire, refus d'approbation. Dans ce cas, il fallait songer à l'éventualité d'un recours : il existait une possibilité de pourvoi devant le ministre de l'intérieur au bout du même délai de un mois. Ainsi le silence du fonctionnaire chargé de la tutelle n'ouvrait même pas *de plano* un recours contentieux. Les collectivités décentralisées demeuraient fortement soumises au pouvoir politique.

Ce régime a reçu quelques modifications du décret du 5 novembre 1926. En ce qui concerne les départements, la distinction purement formelle que nous avons soulignée, a disparu. Les articles 3 et 4 du décret ne laissent plus subsister de délibérations que le préfet puisse déférer au pouvoir exécutif et qu'un décret en forme de règlement d'administration publique puisse infirmer. Il n'y a plus que des décisions définitives que le préfet peut frapper d'un recours pour excès de pouvoir dans les dix jours qui suivent la clôture de la session. Le silence du préfet vaut ainsi absence d'opposition dès le court délai de dix jours ; la décision devient très rapidement exécutoire. En cas de pourvoi, le décret impartit un délai de six mois au Conseil d'Etat pour statuer. L'absence de décision à ce moment ne constituera pas un déni de justice : elle vaudra confirmation pure et simple de la décision entreprise. Il en résulte qu'aujourd'hui en ce qui concerne le département, le silence vaut toujours approbation et qu'il suffit de très courts délais pour qu'il en soit ainsi.

La même inspiration libérale anime les dispositions qui concernent les communes. Cependant on est allé moins loin. Le décret de 1926 laisse subsister la classification artificielle parce que formelle. Il n'y a que peu de différences à l'égard des décisions définitives : elles deviennent exécutoires en quinze jours au lieu d'un mois ; le silence continue naturellement à valoir approbation. Par contre le système

de l'article 69 de la loi de 1884 est bouleversé ; la signification du silence est renversée : lorsqu'une approbation demeure nécessaire, il suffit pour qu'on la présume accordée, qu'il se soit écoulé un certain laps de temps, sans que soit survenue une décision en sens contraire. Ce laps de temps varie selon l'autorité qui doit accorder l'approbation, et selon l'objet de la décision : n'atteint-il pas six mois pour les concessions de services publics communaux ou leur exploitation en régie ? A ce moment, il convient de faire un léger retour en arrière, sur les articles 14 et 15 du décret du 5 novembre 1926. Ils laissent subsister la classification formelle des délibérations du conseil municipal. Cependant, la sanction qu'ils donnent au silence, ne se trouve plus empreinte comme précédemment, de caractères opposés. Elle n'est plus tantôt favorable, tantôt défavorable. Il vaut toujours pleine et entière approbation. Pourquoi ne pas avoir alors formellement unifié le régime ?

A vrai dire, le problème ne se posait pas rigoureusement de la même façon à l'égard des départements et des communes. La loi de 1871 n'avait pas établi un véritable système d'autorisation ; elle se contentait d'instituer un contrôle. Au contraire la loi de 1884 avait bien suivi le concept tutelle et exigeait souvent une autorisation formelle. La compétence des gouvernements de 1926 se trouvait limitée par la loi du 3 août 1926 ; il ne pouvait pas changer le fonds des institutions ; or la modification des pouvoirs des conseils municipaux aurait grièvement modifié l'économie du système sans que cela correspondit aux fins de la compétence ouverte exceptionnellement par la loi. Cependant la solution adoptée a ici modifié le fonds ; le maintien de la différenciation formelle masque tout simplement un abus du pouvoir du gouvernement.

Nous avons jusqu'ici supposé le fonctionnement automatique de la tutelle administrative. Le silence peut appa-  
raître

tre comme une modalité de son exercice spontané. Le problème peut se présenter sous un aspect différent. C'est l'hypothèse que prévoit l'article 66 de la loi de 1884, *in fine*. Les dispositions arrêtées par les conseils municipaux encourrent l'annulation par arrêté du préfet, non seulement de la seule initiative de ce fonctionnaire, mais encore sur la demande des particuliers. Sans nous arrêter aux conditions que ceux-ci doivent réaliser pour être recevables à poursuivre cette annulation, nous devons remarquer que leur réclamation fait courir un délai d'un mois, à l'expiration duquel si le préfet n'a pris aucune décision, leur prétention est considérée comme rejetée. Le silence vaut à leur encontre décision implicite de rejet. Dès lors, qu'un particulier tente de faire fonctionner le mécanisme administratif de la tutelle, le silence dans lequel se réfugie le préfet a un double aspect : son silence vaut décision de rejet à l'encontre du particulier, et décision approbative en faveur de la commune. L'opposition des situations est flagrante. Dans l'opération de la tutelle l'individu demeure un tiers par rapport au mécanisme administratif. En revanche, celui-ci apparaît comme parfaitement un. Son fonctionnement l'est aussi. Le système du décret de 1926 correspond bien à la réalité des faits, cette double unité exige l'unité de fonctionnement : bien qu'il s'en cache, il la réalise.

#### *L'approbation tacite en matière coloniale.*

La solution logique à l'intérieur du droit métropolitain doit se retrouver dans le droit colonial. A vrai dire, les textes qui seraient susceptibles d'apporter cette unité ne sont pas nombreux. Il y en a cependant deux particulièrement caractéristiques. Ils touchent tous deux à la matière financière.

Le premier en date est l'article 55 de la loi du 29 juin

1918. Il confère aux conseils généraux des colonies, le pouvoir de délibérer sur les taxes et contributions qui seront perçues sur le territoire de leur ressort. Cependant, ces délibérations ne seront applicables qu'après avoir reçu sous forme de décret l'approbation du gouvernement. Ce décret sera rendu dans les neuf mois qui suivront la clôture de la session dont sera sortie la délibération. Si le gouvernement garde le silence au delà de ce terme, la décision deviendra définitive. L'abstention du pouvoir central constitue une approbation tacite ; avant que le gouvernement se prononce, le décret prévoit une instruction par le Conseil d'Etat (art. 55) ; cette instruction peut aboutir à certaines objections que le Conseil formule dans un avis. La signification de celui-ci au président du Conseil Général et de la Commission coloniale a lieu d'urgence par l'intermédiaire du Gouverneur. Elle interrompt l'écoulement du délai de neuf mois. Si la nouvelle délibération qui est alors prise se conforme aux observations de l'avis, elle devient aussitôt exécutoire. Dans le cas contraire, les mêmes formalités recommencent intégralement.

En ce qui concerne les recettes fiscales nécessaires à l'acquittement des dettes de la colonie, la délibération devient exécutoire, si, dans un délai de quatre ou six mois, un décret ne l'a pas invalidée. Ici encore, le silence est une décision implicite d'approbation, et sa durée est réduite dans de notables proportions.

Le deuxième texte se trouve dans les articles 5 et 6 de la loi du 13 avril 1928 sur les droits de douanes perceptibles à l'entrée dans les colonies. Il ne s'agit pas pour l'autorité locale de déterminer et d'établir les tarifs qu'on appliquera. Ceux-ci demeurent l'œuvre du pouvoir métropolitain. En principe les tarifs en vigueur dans la métropole le sont également dans les colonies. C'est la règle générale dans les pays que la loi du 13 avril 1928 rassemble dans un

premier groupe. Pour les autres, ceux du second groupe, il existe des tarifs locaux. Le pouvoir que ce texte reconnaît aux autorités financières ; qu'elles soient des délégations financières, des conseils généraux ou des conseils d'administration, n'a pas la même nature que celui reconnu par la loi de 1918. Il consiste dans la possibilité de demander au pouvoir central des dérogations. Si la délibération intervient avant la promulgation du tarif dans la colonie, elle a un effet suspensif qui interdit au Pouvoir Central la promulgation jusqu'à ce qu'une décision ait adopté ou rejeté l'objet de la réclamation. L'ancien tarif demeure en vigueur jusqu'à ce moment. Le silence du gouvernement ne constitue pas un rejet de cette réclamation, mais il n'en constitue pas non plus une approbation. Il maintient les choses en l'état ; mais cela n'est pas indéfini.

Les demandes de dérogations constituent en vérité des prétentions à tarification spéciale. La loi du 13 février 1928 crée pour le gouvernement, l'obligation de prendre une décision dans le délai maximum de trois mois à compter du dépôt de la délibération au ministère des colonies. Elle ne distingue plus entre les tarifs promulgués et ceux qui ne l'étaient pas au moment de la délibération. Passé ce délai, le silence vaut approbation de la dérogation demandée.

On voit que dans le domaine colonial, la même tendance prend corps de faire du silence un mode d'approbation. Cela se comprend plus facilement qu'à l'égard de la métropole, tout au moins sous l'angle purement théorique. Dans les collectivités secondaires métropolitaines, les décisions particulières peuvent entrer en conflit avec celles qui témoignent de la volonté générale ; les représentants de ces collectivités ont eux-mêmes pris part à l'élaboration de la loi. Ce n'est qu'exceptionnellement que quelques colonies au contraire y participent. En outre le pouvoir commun qui les régit est réglementaire et césarien. Les lois de 1918 et 1928 ont

apporté deux dérogations à ce régime, et cela en matière financière. Au principe de la législation coloniale par le gouvernement s'oppose le principe que les contribuables ne sauraient être grevés d'impôts qu'ils n'ont pas consentis. Cette antinomie s'est résolue récemment dans le sens libéral. On n'a pas été jusqu'à conférer aux assemblées locales une complète autonomie ; à l'image de nos organismes décentralisés, on a instauré un régime de tutelle. Mais dans les limites de ce procédé, le législateur est resté autant qu'il lui semblait possible dans les limites de la pure logique. Ainsi, après trois quarts de siècle de régime strictement autoritaire, les colonies ont reçu un embryon d'autonomie ; la technique du silence le fortifie, puisqu'on n'exige pas une intervention formelle du gouvernement. L'abstention de ce dernier suffit à assurer à la colonie une puissance de fait comme de droit. Il faut d'ailleurs noter que ces dérogations sont purement fiscales, ce qui met bien en évidence le but qu'a poursuivi le législateur. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une réforme juridique, comme le fut celle que réalisèrent les lois de 1871 et 1884 pour la métropole ; le caractère économique et fiscal y est par contre très marqué. C'est particulièrement évident du fait que les délais sont considérablement abrégés pour l'entérinement des recettes destinées au règlement des dettes de la colonie.

Il ne faut pas oublier que des considérations purement économiques formaient aussi la base des décrets de 1926. Nous savons que ceux-ci ont modifié le sens du silence : il n'est pas surprenant qu'on puisse remarquer un phénomène parallèle en ce qui concerne les colonies.

#### *L'activité des maires.*

Il ne faudrait pas croire que la similitude des règles qui régissent l'activité des organismes décentralisés et de celles

qui déterminent les devoirs des maires corresponde à une identité de situation. Le maire cumule les fonctions d'agent d'exécution de la commune et d'agent du pouvoir central ; dans cet ordre d'idée il n'y a pas vraiment ingérence du gouvernement lorsqu'il impose dans certains cas une mesure déterminée.

A la dualité d'attributions correspond la dualité des textes. Les articles 85 et 99 de la loi du 5 avril 1884 posent des principes parallèles. Le préfet peut obliger le maire à accomplir certains actes dont les uns sont exigés par la loi et les autres nécessités par les circonstances. Mais il y a toujours lieu à mise en demeure. Le maire doit remplir les actes de sa fonction : on se souvient des commentaires qui entourèrent l'affaire Lemonnier. Bien que la responsabilité personnelle du défaillant fût en fin de compte écartée, il n'en subsiste pas moins que l'abstention du maire peut engendrer une créance au profit de la victime ; si on pose le problème du silence à ce point de vue, il faut d'abord déterminer ce que peut être le silence puis rechercher la sanction.

Ce que peut être le silence ? Le maire voit fixer ses attributions par la loi, ou reçoit un ordre du préfet représentant le gouvernement. Lorsque l'obligation qui pèse sur lui est de type légal, il a un grand pouvoir d'appréciation. Nous nous souvenons que l'administration conserve toujours ce pouvoir. Il peut y avoir divergence entre l'appréciation que le gouvernement fait de la situation et celle du maire. Le gouvernement n'a reçu de la loi qu'une compétence subsidiaire ; il doit cependant veiller à l'exécution de la loi ; à cet effet, il doit requérir le maire de faire ce que la loi exige ; ce n'est que sur le refus de ce fonctionnaire qu'il pourra se substituer à lui. Bien entendu la carence totale équivaut à un refus formel. Le silence vaut refus. Il en est de même en matière de police mais pas de la même manière :

la hiérarchie des pouvoirs ne suppose plus une requête, mais une mise en demeure. Le silence équivaut à un refus, mais il ne saurait ici constituer une faute.

Cependant le fonctionnement permanent de l'administration exige une sanction ; elle est double : d'une part, elle tend à assurer ce fonctionnement permanent et continu ; d'autre part, à réprimer la mauvaise volonté des maires. Un premier système réside dans la substitution d'un agent du pouvoir central à l'agent issu de l'organisation communale. L'autorité nationale évince ainsi l'autorité locale ; l'usage en est fréquent. A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt « commune de Pleven » (1) où l'on se trouve en présence d'un cas de substitution après mise en demeure.

Quant au second système, celui de la sanction répressive, il se traduit par la faculté qu'a le préfet de suspendre le maire, et le gouvernement de le révoquer. La suspension n'a cependant pas toujours ce caractère disciplinaire ; il se peut que le pouvoir central craigne une période agitée au cours de laquelle des influences diverses détourneront peut-être le maire de se plier aux injonctions qu'il recevra ; cela est assez fréquent dans les cas de crises sociales. Mais le véritable caractère apparaît nettement lorsque la mesure est prise après une abstention fautive. Tel était le cas dans l'affaire Mourlon, où le Conseil d'Etat a reconnu la suspension bien fondée, par arrêt du 10 décembre 1920 (2) : le maire avait systématiquement refusé de présider la commission administrative du bureau de bienfaisance, et il en avait fait état par écrit ; à vrai dire, ce cas se compliquait de carence totale, mais l'exercice de la sanction n'en demeurerait pas moins clair. On pourrait tirer la même conséquence d'un arrêt Le Templier, du 24 février 1926 (3) : le maire

---

(1) C. E. 13 janvier 1926. *Rec.*, p. 33.

(2) C. E. 10 décembre 1920. *Rec.*, p. 1056.

(3) C. E. 24 février 1926. *Rec.* p. 209.

de la commune de Chatillon en Vendelais n'avait pas pris de mesure pour loger l'institutrice adjointe, bien que le préfet l'eût mis en demeure, et qu'il s'agit d'une obligation légale ; le préfet le suspendit et l'arrêté ne fut annulé que parce qu'il faisait grief au sieur Le Templier d'une attitude incorrecte au sujet de laquelle celui-ci n'avait pas été admis à s'expliquer : au fonds la solution était parfaitement correcte, mais elle présentait un vice de forme.

Le contrôle de l'autorité supérieure existe même là où le maire est investi d'un pouvoir propre, lorsqu'il peut prendre spontanément des règlements de police. L'article 95 de la loi de 1884 porte que le préfet peut toujours les annuler ou en suspendre l'application : s'il garde le silence, les effets contraires se manifesteront immédiatement. Non pas dans tous les cas cependant. Ceux des arrêtés qui portent une réglementation permanente ne deviennent exécutoires que passé le délai d'un mois ; le silence n'acquiert alors de signification juridique que s'il se prolonge durant ce laps de temps.

Ainsi, en ce qui touche les maires, la réglementation du silence est rigoureusement semblable à celle que nous avons observée jusqu'ici. Elle paraît même avoir servi de modèle, à supposer que dans tous les cas de silence tutelle, le silence n'ait pas reçu une même solution par suite d'une conséquence logique. Certains principes admis, leurs conséquences s'imposent.

#### *La valeur du silence approbatif.*

La législation actuelle présente une unité indiscutable. Partout, sauf en matière coloniale non financière, le silence de l'administration centrale à l'égard d'une décision qui émane d'organismes hiérarchiquement inférieurs, vaut approbation. La vogue de ce mode d'approbation grandit. Cer-

tains n'ont pas manqué de le critiquer. MM. Maspétiol et Larroque soulignent ainsi le phénomène (1) : « Tandis que l'autorisation est nécessairement expresse, l'approbation peut être tacite, et résulter de l'écoulement d'un certain délai : en effet, dans les cas où une décision est soumise à l'approbation de l'autorité tutrice, on peut présumer soit que le silence vaut refus d'approuver, soit, au contraire, qu'il vaut approbation : qui ne dit mot consent. Jusqu'à une époque récente, la première présomption était très généralement admise chez nous. Mais le décret du 5 novembre 1926 a sur ce point encore, pris une mesure de décentralisation, en renversant la présomption. » Mais ce n'est là que la constatation. Passant à la critique (2), ils considèrent que l'approbation tacite est dangereuse « pour la vie locale et pour la vie nationale ». Ils prétendent que la responsabilité disparaît parce que les fonctionnaires locaux se retranchent derrière cette approbation et parce que l'administration centrale pourra toujours objecter qu'elle n'a rien fait : « c'est là un procédé néfaste, non pas tant parce qu'il exclut tout contrôle véritable que parce qu'il laisse croire à l'existence d'un contrôle qui en réalité est totalement écarté ».

Continuant sur ce ton, on pourrait tirer comme conclusion que le contrôle ne peut résulter que de l'abondance des décisions, et de l'accomplissement de formalités qui deviennent vite vides de sens. Loin d'être néfaste, le système actuel sert les intérêts des collectivités secondaires. Lorsqu'elles éprouvent un besoin, et qu'elles essaient de le satisfaire, elles n'ont plus à craindre l'arbitraire et la sourde hostilité du pouvoir central. Si parfois des intérêts peuvent

---

(1) Maspétiol et Larroque. *La Tutelle administrative*. Sirey 1930, p. 105.

(2) Id., p. 357.

être lésés, ils ont toujours la possibilité d'un pourvoi en Conseil d'Etat ; au contraire les collectivités décentralisées n'avaient que théoriquement cette ressource : On sait l'animosité de cette juridiction contre l'extension de l'activité locale, et la manière dont elle a toujours restreint la possibilité de créer des services publics municipaux.

Le contrôle juridictionnel suffirait simplement à l'activité de ces organismes enfin décentralisés, non pas dans l'état actuel où le domaine qu'on leur reconnaît est trop étriqué, mais dans celui qu'il serait heureux de leur voir ouvrir par la législation, puisque la jurisprudence ne croit pas pouvoir le faire. La centralisation forcenée que nous a léguée le premier empire, entre autres fardeaux, a subi une atteinte dont le seul grief qu'on puisse faire, est qu'elle ne se soit pas étendue à tout le pesant héritage des siècles écoulés. Le changement dans la signification du silence est un commencement d'émancipation dont il faut se réjouir.

## CHAPITRE VI

### Des cas où il n'y a pas de recours contre le silence

---

Nous avons vu que selon le droit commun, dans les rapports entre les particuliers et l'administration, le silence équivaut à une décision de rejet ; et dans les rapports qu'on peut qualifier d'internes à l'organisation sociale, la proposition est renversée : le silence vaut approbation. Dans tous les cas où on adopte cette dernière conception, le problème ne comporte qu'une seule question : celle de la nature juridique du silence. Dans l'autre hypothèse, il en suscite, au contraire, une seconde : quels recours sont ouverts aux intéressés ? Nous avons vu que la réponse est simple ; on peut se pourvoir contre une décision implicite selon le même mode que contre une décision formelle.

Si donc il existe des cas où on ne peut se pourvoir contre une décision, il en sera de même dans l'hypothèse où l'administration aura gardé le silence. C'est exactement ce qui se passe dans la technique juridique. L'individu ne saurait avoir plus de facultés lorsque l'administration demeure inerte que lorsqu'elle agit. Ce système présente donc un appendice parfaitement logique.

Mais il en présente un second qui, lui, est mal fondé. Il existe des décisions qui, formelles, sont susceptibles d'engendrer un recours contre elles-mêmes. Par contre, lorsqu'elles se présentent sous le mode silence, il n'en va pas de même.

I. — EXCEPTIONS NÉCESSITÉES PAR LA NATURE DES CHOSES.

Le premier groupe des décisions qui n'engendrent pas de recours comporte les décisions gracieuses, et dans certains cas les décisions en refus de mandatement.

*Les décisions gracieuses.*

Les décisions que l'administration rend en matière gracieuse, ne donnent jamais lieu à pourvoi devant le Conseil d'Etat. Tout recours juridictionnel suppose soit l'existence d'un droit, soit la violation de certains intérêts acquis. Lorsque cette condition se trouve réalisée, il y a une décision contentieuse. Si elle n'est pas réalisée, bien que l'individu poursuive raisonnablement la création d'une situation qui lui serait avantageuse, il n'en subsiste pas moins qu'il ne peut se plaindre ni de la violation de certains droits ni de celle d'intérêts nés et actuels. La mesure qu'il sollicitait n'était qu'une faveur, et par là-même on ne pouvait songer à y forcer le représentant des intérêts collectifs ; il faut remarquer que la réglementation légale de la situation à laquelle on aspire ne modifie en rien sa nature. On n'oserait même pas envisager que le refus d'une grâce puisse faire l'objet d'un recours devant un tribunal ; or la grâce est éminemment le type de la décision gracieuse.

Peu importe, dès lors, qu'on se trouve en présence d'une décision formelle ou d'une décision implicite de rejet. Dans ce dernier cas, il ne saurait de toute évidence y avoir de recours contre le silence. Du moment que l'autorité peut maintenir les choses en l'état sans engager autre chose que sa responsabilité morale, du moment qu'elle peut le faire sans outre-passer ses prérogatives, dont au contraire, elle n'entend même pas user, du moment qu'elle jouit d'une

pleine liberté d'appréciation, les intéressés ne sont pas recevables à déférer cette attitude aux tribunaux.

Cette constatation est normale ; toutefois elle présente des dangers. On peut concevoir que pour recouvrer son arbitraire, le gouvernement songe à attribuer le caractère gracieux à des situations où le caractère contentieux, bien que présent n'apparaît pas évidemment. Mais du moment que le caractère contentieux existe, même s'il est discuté, le conseil d'Etat est compétent pour connaître de la réclamation. Il lui faudra ainsi se prononcer d'abord sur ce point. Il a simplement à trancher une question préliminaire, dont le caractère est, pour elle, éminemment contentieux. Aucun doute ne subsiste sur la compétence que le Conseil a affirmé catégoriquement. On peut citer deux exemples précis. Le premier est tiré de l'affaire Zill-Désilles du 7 août 1905 (1) ; on se souvient que le Ministre avait refusé de délivrer le récépissé d'une réclamation en matière d'abus ecclésiastique ; l'administration prétendait que cette question ne ressortissait pas de la juridiction contentieuse ; le Conseil d'Etat statua en sens contraire ; Monsieur Hauriou fait remarquer que l'élément essentiel du contentieux est l'existence ou la possibilité d'une contestation qui peut, elle-même, être soumise au juge. Le second exemple est encore plus caractéristique : c'est l'arrêt du 28 janvier 1921 (2) qui est intervenu sur un recours de l'Association des Blessés du Lycée Buffon contre une décision du Ministre de l'Intérieur ; l'association avait demandé l'autorisation de faire appel à la générosité publique ; *le Ministre refusa de statuer* ; il se fondait sur ce que la Société ne répondait pas aux exigences de la loi du 30 juin 1916 ; si cela avait été, la décision aurait concerné le pouvoir discrétionnaire et il

---

(1) C. E. 7 août 1905. S. 1906-3-129, précité.

(2) C. E. 28 janvier 1921. Rec. p. 117.

se serait agi d'une mesure gracieuse ; le Conseil d'Etat vérifia les motifs de cette allégation, infirma la décision par laquelle le Ministre avait émis la prétention de garder le silence, mais renvoya l'affaire devant le Ministre afin qu'il procédât à l'examen de la demande. En résumé, dans l'une ou l'autre espèce, le Ministre avait songé à s'abriter derrière le caractère gracieux que pouvait présenter sa décision, et il avait gardé le silence sur le fonds même du débat ; le Conseil d'Etat se prononça d'abord sur le caractère contesté, trancha la question les deux fois dans un sens favorable aux intéressés et dans la première seulement, il examina lui-même la question au fonds.

Ainsi, il n'existe pas de recours contre le silence que l'Administration garde en matière gracieuse. Mais lorsqu'il y a une contestation sur le point de savoir si la matière est ou n'est pas contentieuse, le Conseil d'Etat est compétent ; il tranche cette question préjudicielle. La simple allégation, avec un semblant de justification parfois dénaturé, ne suffit pas pour sauvegarder son attitude.

#### *L'appréciation de l'opportunité.*

La première exception au recours contre le silence découle de la nature des choses. Le Conseil d'Etat ne peut connaître sous ce prétexte de questions qui ne ressortissent pas de sa compétence. Si donc il existe d'autres matières qui lui échappent, il en sera ainsi qu'il s'agisse de décisions formelles ou de décisions implicites. Elles concernent les pouvoirs que la Haute Juridiction se reconnaît ou ne se reconnaît pas en matière financière. La démarcation est délicate. Aussi convient-il de l'examiner, d'abord, en faisant abstraction du silence ; puis nous intégrerons le résultat acquis dans le cadre du sujet qui nous préoccupe.

Il faut, d'ores et déjà, souligner que le problème se pose

pratiquement dans le domaine de la Tutelle administrative au sujet des inscriptions d'office. La jurisprudence est fertile en décisions : une distinction fondamentale semble s'imposer qui permet de mieux dégager les règles directrices du Conseil d'Etat. Il y a d'une part les recours dirigés par des collectivités secondaires contre des inscriptions d'office; d'autre part, les recours qui tendent à faire annuler des décisions de rejet opposées à des particuliers, alors qu'ils avaient la prétention d'obtenir à leur profit de telles inscriptions. Les recours des communes contre des décisions d'inscription d'office ne peuvent évidemment pas être envisagées sous l'angle du silence puisque la situation est, par hyppothèse, opposée ; bien qu'il soit intéressant d'examiner les cas où il s'agit de l'acquittement de dettes légales (1), nous n'envisagerons que ceux où il s'agit d'inscription en vertu d'une décision juridictionnelle que le préfet exécute en usant de ses prérogatives tutellaires. Cela est nécessaire, parce que de leur solution découlera celle qu'il faut admettre, lorsque, un particulier ayant requis l'inscription d'office il se heurte au silence de l'administration.

Dans un arrêt du 8 mars 1912, (2) le conseil se prononça sur le pourvoi d'une commune contre un arrêté d'inscription d'office, effectué en vue de faire exécuter un arrêt du conseil de préfecture passé en force de chose jugée ; le conseil municipal prétendait se soustraire à son obligation parce qu'il n'avait pas reçu une subvention que lui avait cependant alloué l'Etat ; le conseil valida l'arrêté préfectoral qui était bien fondé. L'arrêt du 8 janvier 1918 (3) connut d'un

---

(1) C. E. 9 décembre 1921, *Rec.* p. 1031 (Cne de St-Gaudens) ; 30 avril 1920, *Rec.* p. 420 (Cne de Campana) ; 19 mai 1905, *Rec.* p. 449 (Cne de Montendre) ; 5 avril 1912, *Rec.* p. 778 (Cne de Nonette) ; 11 août 1916, *Rec.* p. 383 (Cne de Bressuire) ; 17 décembre 1909, *Rec.* p. 992 (Cne de St-Maurice-la-Fougereuse).

(2) C. E. 8 mars 1912, *Rec.* p. 821 (Cne de St-Mars-du-Désert).

(3) C. E. 8 janvier 1918, *Rec.* p. 50 (Cne de Sanel).

cas plus délicat : il s'agissait encore de l'exécution d'un arrêté de conseil de préfecture, mais l'inscription avait eu lieu alors que l'affaire était en cause d'appel devant le conseil d'Etat et que la décision n'était pas suite pas définitive : le conseil valida, néanmoins, cette inscription, qu'il considéra comme opportune. Que serait-il arrivé, si le préfet n'avait pas procédé à cette inscription ? Effectuée sur réclamation, la décision du préfet aurait encourrue un recours des intéressés si elle avait comporté un rejet. Elle aurait certainement été annulée, si ce rejet s'était appuyé sur des considérations de droit erronées. Mais si la seule question d'opportunité avait été en jeu, on ne saurait l'affirmer catégoriquement : on se rappelle la solution que reçut l'affaire Couitéas, où l'autorité publique n'avait pas procédé à l'exécution que la partie était en droit d'escompter, alors que l'administration s'y était refusée pour des raisons d'opportunité ; on se souvient aussi qu'il y eut lieu à allocation d'une indemnité. Ce sont là des principes qui peuvent être grandement utiles en notre matière. Ceci posé, nous allons examiner maintenant des arrêts qui intègrent cette matière dans le cadre du silence.

L'arrêt Daraux (1), du 26 juin 1908 concerne une dette de sept cent vingt deux francs de la commune de Gaban ; le créancier n'avait pu en obtenir le paiement, bien qu'il fût porteur de la grosse d'un arrêté rendu en 1903 par le conseil de préfecture ; il avait sollicité l'inscription d'office le préfet garda le silence pendant plus de quatre mois ; le créancier se pourvut en conseil d'Etat, et le ministre de l'intérieur soutint que les pouvoirs du préfet en cette matière n'étaient susceptibles d'aucun recours contentieux ; le Conseil se trouvait enserré entre la copieuse jurisprudence par laquelle il avait affirmé son pouvoir de connaître du bien-fondé

---

(1) C. E. 26 juin 1908, *Rec.* p. 688 (aff. Daraux).

d'une inscription d'office et de contrôler l'administration, d'une part, et la règle qui lui interdit de substituer son autorité à celle de l'administration, d'autre part. Le conseil se précipita sur l'échappatoire que lui offrait le fait qu'il s'agissait d'une décision implicite de rejet. D'où la solution « Considérant qu'il n'est pas contesté que le sieur Daraux est créancier de la commune de Gaban depuis 1874 ; qu'il est porteur d'un titre exécutoire ; que malgré ses demandes réitérées, il n'a pu obtenir le paiement des sommes à lui dues ; que le préfet ne lui a donné aucune raison de son refus d'inscrire d'office au budget de la commune le montant de cette dette liquide et exigible ; que dans ces circonstances, s'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'annuler le refus d'inscription d'office, et de prononcer lui-même cette inscription comme le demande le requérant, il y a lieu de renvoyer ce dernier devant le ministre de l'Intérieur pour y être statué par la voie administrative sur la suite que sa demande comporte. » On pourrait être tenté de dire qu'il y a là une mesure analogue à celle de la cassation d'une décision judiciaire pour défaut de motifs, de telle sorte que le Conseil d'Etat ne peut apprécier les circonstances de la décision de rejet. Ce serait s'en tenir à la surface des choses. Pour se prononcer définitivement, il faut rapprocher de cette décision l'arrêt Chabory, du 17 mai 1918 :

Là encore il s'agissait d'une demande d'inscription d'office, il y avait titre exécutoire, et il y avait décision implicite de rejet. La décision entreprise ne comportait donc par elle-même aucun motif. Mais ces motifs furent portés à la connaissance du Conseil d'Etat par une lettre qui émanait du préfet et qui figurait au dossier. Or il advint que le Conseil se déclara compétent pour connaître de l'un d'entre eux ; il décida que l'erreur de droit commise par le préfet, sur les accessoires de l'obligation, du fait d'un recours en garantie, ne justifiait pas sa décision ; mais il reconnaissait par contre

qu'il n'avait pas à connaître de la situation pécuniaire de la commune du Mont Dore. Toutefois, se basant sur la première circonstance, il annula la décision implicite de rejet, sans statuer lui-même sur le fonds. Il ressort donc de cet arrêt, qu'à la différence des décisions judiciaires, il n'est pas nécessaire que les motifs de la décision entreprise figurent formellement dans le corps de cette dernière, et que ceux-ci peuvent être purement d'opportunité, auquel cas le conseil n'a pas à en connaître. (1) L'application de cette règle se retrouve dans un arrêt du 21 novembre 1923. (2)

Si donc la décision implicite de rejet ne soulevait qu'une question de droit, le Conseil pourrait dans le cas présent accueillir le recours contre le silence. Mais dans les problèmes nés de l'inscription d'office, certaines difficultés tiennent à des considérations purement administratives, financières et d'opportunité. Le Conseil n'en peut jamais connaître, même s'il s'agit de décisions formelles dont on lui demande l'annulation. Si l'administration a gardé le silence, le problème ne vient pas entier devant lui ; certaines circonstances n'apparaissent pas, qui cependant, peuvent politiquement justifier la décision. L'attitude du Conseil respecte scrupuleusement la nécessité de reconnaître au Pouvoir la jouissance d'une certaine latitude, dans l'exécution de ses obligations.

Est-ce à dire qu'il n'existe aucune sanction ? Non. Le silence, plus encore qu'un refus formel, peut porter un préjudice au requérant ; dans le cas particulièrement typique de l'affaire Couitéas, le Conseil a admis le principe d'un droit à réparation, si certaines conditions, de fait comme de droit se trouvent réalisées. Ce faisant, le Conseil ne sort pas de

---

(1) C. E., 17 mai 1918, *Rec.* p. 483 (aff. Chabory).

(2) S. E. 21 novembre 1923, *Rec.* p. 738 (aff. Desreumaux et Desjardins).

son rôle juridictionnel ; s'il condamne du chef du dommage, il ne se substitue pas à l'administration active. Réduit à cette situation qui se montre la limite de sa compétence, il est normal que pour éviter la modification de la dette qui se suivrait ainsi d'un refus d'inscription d'office, modification qui se manifesterait tant par le changement de la nature de l'obligation en soi, que par le changement nécessaire de débiteur, le conseil renvoie la solution définitive devant le ministre, et se borne à annuler la décision de rejet. C'est là la seule issue qui lui demeure ouverte lorsqu'il a constaté que le Droit était violé et qu'il a épuisé les limites de son activité juridique. Sans cela il se débattrait dans ce dilemme : ne pas imposer l'efficacité d'une règle juridique, alors qu'il en est formellement requis ; ou bien la reconnaître au mépris d'une règle fondamentale de sa propre organisation. Le dilemme se résoud par la création d'une nouvelle obligation à la charge de l'administration, obligation dont l'acquittement, lui, ne peut pas se heurter à une prétendue nécessité politique, puisqu'il porte sur l'examen par le pouvoir d'une prétention du pouvoir. Le contrôle hiérarchique peut ainsi plus que le contrôle juridictionnel. On doit cependant reconnaître que l'intéressé trouve là moins de garanties que dans une procédure normale : tandis qu'un tribunal se prononce selon une norme juridique, l'administration ne se trouve liée que par une norme morale, et il n'y aura pas d'organisme qualifié pour en assurer l'efficacité. L'allocation éventuelle d'une indemnité ne le fait qu'indirectement et bien faiblement.

## II. — EXCEPTIONS IRRATIONNELLES.

On conçoit très bien l'existence des deux ordres d'exception que nous venons d'étudier. La compétence du Conseil d'État ne saurait se trouver étendue par une absence de

décision. Son domaine demeure constant et un refus implicite ne peut pas avoir d'autre effet qu'un refus formel. Il n'est certes pas un procédé élégant, mais il en est un légal. Bien que pendant longtemps, on ait considéré le texte de la loi du 17 juillet 1900 comme général, et cela conformément à la volonté évidente du législateur, le Conseil d'Etat s'est servi d'une insuffisance de rédaction pour ne le pas considérer comme toujours applicable. Il l'a interprété d'une manière restrictive, et cela à une époque où il avait cependant formulé dans divers arrêts et l'obligation pour l'administration d'agir, et la responsabilité de la puissance publique pour la non conformation à cette obligation. On conçoit difficilement qu'en ces circonstances le Conseil se soit laissé aller à l'interprétation littérale d'un texte, au lieu de statuer conformément à son esprit.

C'est pourtant l'attitude qu'il a adoptée dans une affaire Aubagnac, du 8 mars 1929 (1). Le requérant avait adressé une demande de pension militaire ; le ministre n'avait pas statué, bien qu'il eût reçu les pièces de l'instruction, et notamment les procès-verbaux des commissions de réforme. Le silence se prolongeant, le sieur Aubagnac porta sa contestation devant le tribunal des pensions de l'Hérault, qui le débouta. Le conseil reconnut cette décision bien fondée en se basant sur ce que le refus de pension en peut être prononcé que par une décision formelle du ministre, et sur ce que la disposition de l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900 ne s'applique qu'aux affaires qui sont introduites directement devant le Conseil d'Etat, mais non à celles qui sont du ressort des tribunaux de pensions.

Le premier de ces motifs dénote une conception véritablement étriquée, anormale dans la jurisprudence du Conseil.

---

(1) J. Lafférière. *Le Recours contre le Silence de l'Administration*, op. cit., p. 322.

Sans doute cette juridiction admet des solutions qui sont politiquement contestables, mais là où il s'agit de problèmes purement juridiques, elle se conforme en général à des règles d'interprétation élevée. Le droit à pension existe certainement à l'égard de tous ceux qui remplissent les conditions qu'exige la loi ; il se traduit par un droit de créance sur la puissance publique, dont le recouvrement n'en peut cependant pas être effectué *de plano*. Le bénéficiaire se trouve dans une situation juridiquement nécessaire et suffisante pour jouir des avantages que la loi confère à tous ceux de sa catégorie. Seule, une décision peut lui permettre cette jouissance, et cependant la négation de ce statut ne se présume pas ; d'autre part, l'exercice en fait de cette jouissance se trouvant subordonnée à la décision du ministre, et en exigeant que celle-ci soit formelle pour être attaquée, il ne saurait non plus y avoir alors que présomption. L'absurdité de ce raisonnement n'a cependant pas fait changer l'argumentation du Conseil d'Etat. Celui-ci n'a pas voulu s'élever jusqu'à la hauteur d'un principe à la naissance duquel il avait cependant présidé, et qui correspondait à l'expression du bon sens le plus élémentaire.

La faiblesse du premier motif ne lui a cependant pas échappé, puisqu'il place sur le même pied l'argument tiré du texte de la loi de 1900. Si le premier avait été décisif, le second en aurait été la conséquence forcée, et il n'aurait même pas été nécessaire d'essayer une justification par un argument du texte. D'autant plus que cet argument ne vaut rien. En 1900, ces juridictions qu'on appelle des tribunaux de pensions n'existaient pas : pour diverses raisons, la loi de 1919 a déferé les litiges afférents aux pensions militaires à des juridictions spéciales. Les considérations qui ont inspiré cette mesure sont : 1° la nécessité de ne pas encombrer les rôles du Conseil d'Etat qui eût été normalement compétent pour connaître de ces procès ; 2° rapprocher la jus-

tice des justiciables à qui on reconnaissait des droits spéciaux. Mais la nature de la contestation n'a pas varié et la meilleure preuve en est que les pourvois en cassation ne sont pas déferés à la Cour de cassation, mais au Conseil d'Etat, en dépit de l'étrange composition des tribunaux et cours régionales des pensions. Ainsi, en se prononçant comme il l'a fait par l'arrêt Aubagnac, le conseil a méconnu totalement le but qu'avait poursuivi le législateur et le contentieux des pensions étant rigoureusement administratif devrait être soumis aux règles ordinaires de ce contentieux. Le Conseil s'est arrêté à la forme, alors qu'il aurait dû se pencher sur le fonds. (1)

Le grand nombre des juridictions exceptionnelles, bien qu'elles soient temporaires, va-t-il donc poser à nouveau le problème du silence avec l'accuité qu'il avait connue au siècle dernier ? Il n'aurait tenu qu'au Conseil qu'il n'en soit rien. Posé sous une autre forme que celle ci-dessus, le silence apparaît comme une faute. Toute la théorie de la responsabilité de la puissance publique est l'œuvre de ce même Conseil. Pour être logique avec lui-même, et en tous cas selon les circonstances, il devrait donc reconnaître que la responsabilité de l'Etat peut être engagée par le silence de ses représentants : dire qu'il n'y aurait pas alors une faute de suffisante gravité serait se déjuger. En bonne logique, il faudrait accomplir les actes de la fonction.....

---

(1) Il ne s'agit pas d'un accident. Plusieurs arrêts ont confirmé cette même doctrine. On peut citer les arrêts Fauchet, du 26 janvier 1929 ; Chardanson, 13 mars 1929 ; Vve Chartier, 26 juillet 1929, *Rec.* p. 884 ; Roubé, 16 octobre 1929, *Rec.* p. 900 ; Mas, 6 novembre 1929, *Rec.* p. 951 ; Vve Deloum Maamar, 27 mars 1930, *Rec.* p. 358,

## CHAPITRE VII

### L'extension du problème du silence

---

Le fréquent usage que nous avons vu faire du silence par l'administration laisse supposer que toutes les organisations sociales vont l'employer de même. Or, d'une façon générale, en France, le silence est susceptible de recours. On l'admet ainsi, parce qu'il s'agit en droit interne de droits individuels bien établis. Il n'en est pas toujours de même en droit international. La fameuse doctrine de la souveraineté soulève dans ce domaine de singulières difficultés, qu'on commence à résoudre. C'est d'autant plus caractéristique que leur solution en droit interne est encore récente. Elle est au contraire ancienne en droit privé, à tel point qu'on put se demander si le silence du fonctionnaire ès-qualité a la même nature que celui du particulier.

#### I. — LE PROBLÈME EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

L'absence de recours s'est longtemps prolongé en droit français, et le caractère qu'on accordait alors à l'état s'opposait à ce qu'il en fût autrement. Cependant, il existait une réglementation des droits de l'individu qui facilitait la tâche. Il n'en était pas de même sur le terrain du droit des gens. Si sur le continent la théorie de la courtoisie internationale n'a jamais eu qu'une faible vogue, il n'en a pas été ainsi partout, et encore de nos jours, elle possède des tenants. La souveraineté joue en droit international un rôle bien plus grand qu'en droit interne. Mais des brèches se sont

ouvertes. Le silence, par suite, n'existe plus dans son intégrité.

*Le principe de la souveraineté.*

La complète indépendance des états les uns des autres est le fruit de longs siècles. Depuis Bodin, et l'épanouissement des théories politico-économiques que les mercantilistes professèrent (1), la souveraineté est devenue une règle fondamentale partout. Le XIX<sup>e</sup> siècle vit éclore le principe de non-intervention ; certes, il avait un caractère tout politique et non juridique, mais joint à celui de la souveraineté dont il semble bien n'être qu'un prolongement, il a eu des répercussions dans tous les domaines des relations internationales. Chaque état devint ainsi une véritable monade, dont les rapports avec les autres collectivités n'avaient par suite aucun caractère essentiel, du moins théoriquement. Les rapports contractuels n'étaient cependant pas niables, et des usages s'imposaient avec une grande force. Pour concilier la doctrine toute théorique et les nécessités pratiques, de nombreux systèmes surgirent, dont celui de l'auto-limitation de l'Etat était sans doute le mieux approprié, bien que du point de vue logique, il fut parfaitement absurde.

Cette auto-limitation était indispensable dans un régime où chaque état demeurerait omnipotent. Théoriquement, il en était bien ainsi. Mais c'était là pure création de l'esprit. Partie d'un *a priori* qu'avaient établi des raisonnements sophistiqués, la doctrine avait construit une théorie avec des raisonnements, eux parfaitement logiques. Le point de départ faux, la conclusion n'était qu'erronée. De Bodin à Rousseau, le support de la souveraineté a changé : le Prince cède la place à la Nation. La notion de souveraineté ne change pas ; ses manifestations deviennent plus intenses, au

---

(1) Gonnard. *Loc. cit.*

contraire. Le prince demeurait malgré tout soumis à quelques obligations, reliquat des conceptions canoniques, inhérent au caractère théologique qu'on prêtait à l'institution royale. Les plus absolutistes des souverains ne manquaient pas de souligner leurs devoirs de rois, et Louis XIV lui-même, ne songea pas à s'y soustraire. Le succès que connut la pensée du Contrat Social substitua à cet ordre de choses la souveraineté nationale ; sans doute, sa théorie ne se retrouve-t-elle pas intacte dans l'organisation politique positive ; les causes en sont diverses ; on peut cependant souligner l'influence des philosophes contemporains de Rousseau (1) : l'intérêt général, celui de l'état se dégage, et tandis qu'il réfreine l'intérêt particulier, qui en fait va toutefois souvent le tenir en échec, il ne connaît plus de bornes, pas même à caractère moral.

Il s'en suit une application exacerbée du nouveau principe.

Cependant cela ne correspond pas au cadre même de la vie. La grande industrie se développe. C'est la course aux débouchés et aux matières premières qui va bientôt commencer. La production de chaque pays commence une spéculation conforme aux richesses et circonstances naturelles. Les communications internationales se développent. Les nécessités économiques forcent la doctrine, désespérément accrochée à son dogme. Comme les transactions internes, les transactions extérieures ont besoin d'un minimum de sécurité juridique. Les états doivent les accorder, et cela d'autant plus que leurs ressortissants qui en ont le plus besoin prennent une plus grande influence sur le gouvernement. L'exemple français est instructif ; la monarchie de juillet confère une importance croissante à la bourgeoisie industrielle dans les affaires de l'état ; les banquiers accèdent aux mi-

---

(1) d'Holbach. *Système Social*, éd. 1822, t. 1, p. 165.

nistères. Les contingences économiques dictent la politique et font craquer ses anciens cadres. Avec le second empire, les traités de commerce deviennent institutions courantes. Les relations internationales sont un fait qui va modifier le droit.

La Doctrine ne veut pas accuser son insuffisance, encore moins ses erreurs. De là l'idée de voir dans les règles qui s'imposent entre les divers pays, une concession, juridique d'ailleurs, que se font en pleine autonomie de volonté les divers états. Ils limitent eux-mêmes leur puissance et régissent leur mode d'action selon des normes nouvelles. En suivant *Ihering* dans cette voie, les auteurs croient ne pas abandonner la saine doctrine et parer à sa vétusté. On ne modifie rien, on n'amende pas, on adjoint un complément qui semble correspondre aux nécessités de l'heure, et donner satisfaction à la raison. Or, il est absurde de vouloir imposer des bornes à une volonté qui n'en connaît pas ; si elle se les donne elle-même, elle pourra se les retirer à tout instant.

Aussi le système ne satisfait pas toute la doctrine ; les publicistes inventent autre chose, et notamment, la *vereinbarung*. Ils finissent même par abandonner plus ou moins ouvertement la notion de souveraineté, qui ne correspond pas aux situations internationales. Néanmoins, cette idée va permettre au droit international d'acquiescer certaines solutions. Les obligations qui pèsent sur chaque état vont ainsi prendre un semblant de fondement juridique. (1)

Dès lors, l'introduction d'une réclamation par un état étranger ne va plus se heurter à un pouvoir discrétionnaire. Le silence ne sera même plus un maquis où la puissance publique pourra toujours trouver un abri ; il faut se souvenir que le déni de justice est sanctionné par le droit

---

(1) Fauchille, *Loc. cit.*, t. 1, p. 537.

international. La carence du fonctionnaire ouvre ici un recours contre l'état que représente ce fonctionnaire. Bien avant le début du XX<sup>e</sup> siècle, le silence a trouvé une répression qu'on ne serait pas sûr de rencontrer en droit interne.

Mais il ne semble pas qu'on puisse aller plus loin, et étendre cette solution à toutes les situations. Il ne paraît pas que d'autres brèches aient été ouvertes dans la condition généralement reconnue aux états. Par contre, il n'en est pas de même dans des hypothèses particulières.

### *Les minorités nationales.*

A la souveraineté absolue, telle que la conçut le siècle dernier, correspondit le principe de non-intervention ; celui-ci a perdu de sa rigueur. Mais l'intervention ne se réalise plus de la façon où on la concevait jadis. L'un de ses modes les plus curieux réside dans la protection des minorités. Sans doute, la tendance à ce régime remonte-t-elle au traité de Berlin ; mais elle n'a trouvé son plein épanouissement que dans les traités de 1919.

Elle se caractérise par une double atteinte à la souveraineté des états qui y sont soumis. L'une est d'ordre intérieur, l'autre à caractère international, mais elles s'impliquent réciproquement.

Dans l'organisation constitutionnelle de l'Etat qui se trouve soumis au régime des minorités, des devoirs pèsent sur ses organes en ce qui concerne le traitement juridique de la catégorie de ressortissants bénéficiant de l'anomalie de constitution. Le respect de ce qu'on pourrait qualifier de vie culturelle s'impose, notamment en ce qui touche la langue et la religion. L'obligation qui en découle limite la puissance de l'Etat qui s'étend ordinairement sur tous ses nationaux ; dans le conflit qui surgit ainsi entre deux règles, celle de protection des minorités doit théoriquement triom-

pher ; elle traduit dans le plan constitutionnel la norme politique selon laquelle les nationalités ont droit de disposer d'elles-mêmes. Mais de semblables atteintes à la conception courante des pouvoirs de l'état sont mal supportées, et sont exposées à des dangers.

Aussi la garantie juridique en existe-t-elle. Elle est d'ordre international. Elle se révèle par une sorte d'intervention des puissances étrangères collectivement. Elle se manifeste par la création même du statut de protection des minorités ; c'est cette situation qui forme le droit commun en la matière, bien que la protection puisse résulter d'une déclaration unilatérale de l'état qui se soumet à ce régime. La plupart de ces traités présentent une partie multiple, et seul celui qui unit l'Allemagne à la Pologne n'en présente pas. (1) Ceci permet une sanction juridique aux obligations de la puissance défaillante : un recours est ouvert devant le Conseil de la Société des Nations. Mais qui dit recours dit action, et seuls les états peuvent exercer de telles actions. Le règlement à allure politique ne permet pas de supposer qu'un litige déféré au Conseil par une Puissance ne rencontre que le silence.

Celui-ci peut cependant naître, car la Société peut accueillir les simples pétitions formées au sujet de la protection des minorités. Leur nombre est grand ; aussi sont-elles adressées au secrétariat qui jouit de certains pouvoirs de classement. Les pétitions sont instruites par une commission, qui elle encore peut classer. Il est arrivé que le classement fut arbitraire, et occulte. On s'en émut. Le rapport de Londres (1929) amena à décider que le secrétariat devrait aviser les auteurs des pétitions écartées.

Ainsi donc, dans un domaine qui concerne au plus haut

---

(1) Le Fur et Chklaver. *Recueil de Textes de D. I. P.* — Le Fur. *Précis de D. I. P.*

point le pouvoir des états sur eux-mêmes, où la règle internationale se présente avec le caractère interventionnel, le Silence n'est plus de mise. Il doit y avoir une décision ; le silence ne constitue plus une éventualité juridiquement possible. Les organismes internationaux ont formellement reçu l'obligation de statuer.

Il en ressort que la fonction publique apparaît de plus en plus comme soustraite au caprice du fonctionnaire. Il n'y a pas à distinguer selon qu'il s'agit d'une administration nationale ou internationale. Le but que l'organisme poursuit ne saurait jamais s'accommoder d'une abstention. La décision devient juridiquement nécessaire.

Mais on n'est pas arrivé à généraliser cette solution. C'est d'autant plus curieux qu'un problème bien voisin se pose en ce qui concerne les mandats coloniaux ; les actions n'excluent pas, non plus, les pétitions ; celles-ci sont adressées au Président de la commission des mandats de la Société des Nations ; là s'arrête le parallélisme, malgré l'analogie des situations. Aucune obligation n'existe de faire connaître au pétitionnaire le sort de sa réclamation. C'est parfaitement illogique et on se montre moins généreux en faveur d'une collectivité appelée à s'émanciper, qu'à l'égard d'un congrégat dont personne ne songe présentement à faire plus qu'il n'est. Or ici, les abus sont plus aisés qu'en ce qui touche les mandats, parce que l'opinion publique s'en saisait moins facilement que de ceux des états à minorités. Le silence de la commission des mandats et du conseil peuvent ainsi couvrir les abus.

### *Dualité des problèmes.*

En droit international, il apparaît que la question du silence ne renferme aucune homogénéité. Deux ordres de problèmes peuvent surgir. Ils ne présentent qu'un seul ca-

ractère commun : il ne s'agit pas d'un problème de droit interne. Par contre, ils en présentent d'opposés : ou bien le cas litigieux se présente à l'encontre d'un état ; ou bien il touche l'organisation collective internationale. Les solutions correspondant aux deux situations ne se présentent pas sous le même jour ; elles sont irréductibles, et par suite, il y a dualité.

Faisant abstraction de la nature théorique de la Société des Nations, n'envisageons que les caractères fondamentaux de ses services. Comme toute administration publique, ils ont pour fin la satisfaction d'un besoin d'ordre général, ils n'existent qu'en vue de cette seule fin ; ils y trouvent non seulement leur raison d'être mais encore la nécessité de leur fonctionnement. Par conséquent, l'administration doit toujours accomplir les actes de sa fonction, sans qu'on ait à s'arrêter au caractère national ou international de la collectivité dont elle relève. La forme du problème change dans une certaine mesure, mais elle n'est pas capable de dénaturer le silence et de lui conférer un caractère institutionnel qui donnerait à la carence une vitalité juridique. On peut donc affirmer que le rapport de Londres a fait retour à de plus sains principes que ceux auxquels on s'accrochait précédemment ; mais la solution qu'il a apportée ne devrait pas rester exceptionnelle en droit positif. C'est ce que la diplomatie de Genève n'a pas encore admis.

Dans la seconde hypothèse, il faut raisonner différemment. La fin que poursuit un service public suppose toujours pour le fonctionnaire l'obligation de remplir sa fonction. Mais on ne saurait affirmer que ce soit d'une manière absolue plutôt que relative. Il faut, au contraire, souligner que le système, tel que nous l'avons envisagé, suppose une participation de l'entité juridique requérante à l'entité juridique requise. Lorsque le silence émane d'une administration à l'encontre d'un ressortissant étranger, cette participation

n'existe plus ; *a fortiori*, s'il s'agit de deux états. Deux hypothèses peuvent se présenter.

La première tend à procurer le bénéfice des services publics à une entité étrangère. L'allocation d'indemnités pour déni de justice nous apprend qu'il y a là une obligation que sanctionne le Droit International positif. Celui-ci étend de la sorte la finalité de l'institution dont l'activité est requise au delà des bornes de l'Etat. Il s'agit donc de justifier cette extension. La participation de la puissance publique d'un état à un autre état ne se conçoit pas. Cependant, il faut bien découvrir une participation qui, dès lors, ne pourra plus être que d'un ordre supérieur. Elle existe dans la collectivité internationale alors même qu'elle n'est pas formellement organisée. Avant la Société des Nations existaient déjà des relations qui se pliaient à des règles juridiques précises ; celles-ci étant plus ou moins générales, selon le degrés de civilisation des puissances intéressées. Ainsi, on peut, en partant de l'unité du genre humain et de la collectivité internationale, justifier la finalité de chaque administration même en dehors de toute forme, à l'égard des états étrangers. Il suffit qu'il s'agisse de services publics ordinaires. Leur fonctionnement devient en principe obligatoire à l'égard de tous, selon certaines modalités qui peuvent demeurer particulières. Par conséquent, on peut passer condamnation du silence.

La seconde hypothèse est foncièrement différente. Une puissance prétend au fonctionnement de l'organisation politique et administrative en dehors de son domaine ordinaire. C'est le cas de l'ultimatum, sur lequel silence vaut refus. En fait, il n'y a alors qu'une sanction possible : c'est la guerre. Mais juridiquement, elle se trouve dans la possibilité pour tout état, et dans l'obligation pour les membres de la Société des Nations, de recourir à l'arbitrage.

La possibilité en cette matière de recourir à un ordre nor-

matif supérieur ne laisse pas de présenter quelques analogies avec la situation des particuliers.

## II. — COMPARAISON DES SILENCES DES PARTICULIERS

### ET DE L'ADMINISTRATION.

La non-opposabilité du silence à l'intéressé est une création récente du Droit Public. Au contraire cette solution est admise depuis fort longtemps en Droit Privé. Nous allons examiner rapidement la signification juridique du silence en cette matière, lorsqu'on lui en a attribué une, et les moyens de la vaincre dans les autres cas. Puis nous comparerons ces régimes du droit privé avec ceux correspondants du droit public.

#### *Le silence en Droit Privé.*

Tantôt le silence a une signification juridique ; tantôt il n'est qu'un état de fait qui ne saurait léser les particuliers. Sa signification juridique est éminemment différente selon l'interprétation de la volonté qu'il s'agit d'opérer.

La situation d'un individu à l'égard d'un patrimoine sur lequel il peut avoir des droits n'est pas toujours la même. Lors de la dissolution de la communauté, la femme qui était mariée sous ce régime a à opter entre l'acceptation et la renonciation. L'héritier a un choix encore plus étendu relativement à la succession qui lui est échue : il peut l'accepter purement et simplement, l'accepter sous bénéfice d'inventaire, ou, encore y renoncer. En ce qui concerne la femme commune en biens, nous supposons qu'elle a fait inventaire, mais qu'à l'issue des délais de délibération, elle garde le silence ; sans cela, le problème n'existerait pas puisqu'elle serait présumée renonçante ; il ne peut en être de même en ce qui touche la femme qui s'est conformée à la loi puisque la renonciation doit être formelle, sauf lorsque la commu-

nauté se dissoud entre vifs; mais elle n'est pas forcément acceptante ; il faut que des actes fassent présumer de ses intentions ; elle garde postérieurement à l'écoulement du délai d'option la faculté de se prononcer dans un sens ou dans l'autre, mais elle peut être contrainte de le faire. Pour l'héritier, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation doivent être formelles ; l'acceptation pure et simple peut être tacite ; cependant, si le silence se prolonge durant trente ans, on présume qu'il y a renonciation ; le silence ne constitue donc ici qu'un mode exceptionnel de manifestation de volonté ; ce sont les nécessités de fait qui ont amené les tribunaux à se prononcer dans le sens que nous avons dit pour la prescription, et par conséquent pour la signification à donner à un silence aussi prolongé : il serait, en effet, dangereux d'imposer l'acceptation d'une succession peut-être onéreuse à un héritier qui a pu en ignorer l'ouverture ; mais en raisonnant sur les seuls textes, sans tenir compte des contingences matérielles, la solution est contestable. Le silence peut néanmoins être rompu à la diligence des créanciers. On admet ainsi qu'en ce qui concerne la naissance de situations juridiques, le silence est inopérant.

Or le moyen le plus fréquent de faire naître de telles situations c'est le contrat, qui suppose un accord de volontés ; celui-ci ne se présume pas. Mettant de côté l'absence de preuve écrite pour les obligations contractuelles de plus de cent cinquante francs, qui n'a rien à voir avec notre sujet, nous connaissons cependant dans ce domaine l'existence de notre problème. Une sollicitation n'a pas été répondue ; il n'y a pas de manifestation d'accord de volonté ; le silence équivaut donc à un refus de contracter.

Par conséquent, lorsqu'il se manifeste en droit privé, le silence n'est pas susceptible d'engendrer des obligations, s'il se manifeste lors de la création d'une situation juridique, qui sera celle d'un individu, qu'elle soit légale et imperson-

nelle, comme en matière de liquidation d'un patrimoine commun qu'on n'a pas administré, ou qu'elle soit contractuelle et personnelle.

Plaçons-nous maintenant au point de vue des obligations préexistantes : le silence ne peut ni aggraver ni améliorer la situation du débiteur, sauf le cas de prescription ; encore celle-ci suppose-t-elle plus que silence : elle exige une abstention juridique complète. Par conséquent, si nous supposons qu'un débiteur garde le silence malgré les réclamations du créancier, réclamations en principe formelles si l'obligation dont s'agit est contractuelle, le créancier peut l'attirer en justice. Si le débiteur ne se défend pas, et peu importe alors qu'il ait constitué avoué ou non, cela n'empêche pas que le tribunal pourra accorder gain de cause au demandeur, non s'en s'être assuré au préalable du bien fondé de la demande, mais sur les seuls arguments et pièces de ce demandeur. Il rend ainsi un jugement de défaut ; celui-ci est susceptible d'opposition : mais afin que le silence ne serve à user de procédures vexatoires, en matière commerciale notamment et en certaines autres causes, le tribunal peut, sous certaines conditions, ordonner l'exécution provisoire.

Pour conclure, on peut dire qu'en droit privé, le silence ne peut jamais aggraver les situations juridiques existantes. Or c'est précisément le but auquel tend l'actuel droit international public. Mais il faut aussi comparer avec le droit interne.

#### *Comparaison avec le droit interne.*

En présence de cette constatation, on peut dire qu'il en est de même aujourd'hui en droit public. L'administration ne peut plus paralyser les droits de ceux qui s'adressent à elle. Nous avons toutefois signalé l'anomalie du régime des pensions militaires, en ce qui concerne l'exécution des dettes

de la Puissance Publique. L'identité d'esprit se retrouve sous les divergences de formes. Le silence ne nuira pas aux particuliers. Un point va cependant nous retenir quelques instants.

En ce qui concerne la naissance des obligations, une remarque s'impose. Elle provient de ce que certains contrats administratifs naissent en plusieurs temps, et que la procédure est intimement mêlée au fonds. On sait que les contrats conclus par voie d'adjudication comportent, de la part de l'administration, d'abord une procédure qui constitue bien *stricto sensu*, une adjudication, puis une ratification par l'autorité compétente, ratification complexe, lorsqu'il y va d'un contrat d'une collectivité décentralisée à l'égard de laquelle l'administration centrale possède un pouvoir de tutelle. Or, il est admis, tant par la doctrine que par la jurisprudence que c'est en réalité cette ratification qui constitue le contrat (1). La manifestation de volonté de la Puissance Publique ne réside aucunement dans la procédure de début, mais bien dans la décision subséquente. Si le ministre, pour l'Etat, garde le silence, le contrat n'est pas noué, l'accord n'est pas conclu, il n'y a pas de contrat. Le silence en cette matière particulière n'a pas reçu de signification spéciale ; l'autorité compétente ne prend pas la décision qui investirait l'adjudicataire de la situation de co-contractant ; c'est ce qui résulte de l'arrêt Hériot (2).

Néanmoins, compte tenu de ce que la procédure d'adjudication a précédé la carence du ministre, l'intéressé a-t-il un moyen de contraindre l'autorité à prendre cette décision ? Aucun moyen direct n'existe, sauf, peut-être le contrôle politique du Parlement ; mais c'est là un moyen purement

---

(1) Jèze. *Régime Juridique des Adjudications Publiques*, in *Revue du Droit Public*, 1906 et *Cours de Droit Public*, 1930-31, p. 106.

(2) C. E. 14 décembre 1923, *Rec.*, p. 859.

politique. Juridiquement, il n'y en a pas ; ni directement, ni indirectement : on ne peut obliger personne à contracter, serait-ce pour le compte de la puissance publique ; en outre, malgré les opérations qui ont précédé, on n'admet pas qu'une indemnité puisse être due en pareil cas. Certes ; la jurisprudence est ancienne déjà, et antérieure à celle que nous avons étudiée sur la responsabilité de l'Etat, mais elle est bien assise (1), et un revirement n'aboutirait qu'à un déplacement du moment de formation du contrat ; par là-même, celle-ci deviendrait anormale. Mais par suite des circonstances juridiques de ces rejets, on ne peut s'en servir pour souvenir que la responsabilité de la puissance publique ne pourrait pas être engagée du fait du silence : en effet, d'une part on ne tendrait à rien moins qu'à obliger une partie à faire naître une nouvelle situation juridique, alors qu'au contraire, d'autre part, on ne chercherait qu'à en faire disparaître une, ou, au moins à la stériliser.

Ainsi, le silence, en droit public, dépasse-t-il beaucoup ce qui peut être son domaine en droit privé. Les solutions y sont plus complexes, et parfois, moins logiques. C'est qu'entre individus, un point commun des parties est leur soumission à des normes intangibles pour elles, parce que les règles juridiques ne dépendent pas de leur volonté. Au contraire, dans les litiges qui concernent la Puissance Publique, les deux parties ne sont pas sur le même pied. L'ordre des problèmes qui sont ainsi soulevés n'est pas le même dans les deux cas ; à des situations différentes correspondent des solutions différentes, ou au moins spéciales ; mais le but de la réglementation tend tout entier à assurer le respect des droits individuels et la défense des intérêts particuliers contre la violation par les personnes de droit public ou privé avec qui on peut être en rapport.

---

(1) C. E. 16 mars 1894, *Rec.*, p. 218 (Lhermitte) ; 17 novembre 1895, *Aec.*, p. 424 (Crébessac) ; 9 juillet 1924, *Rec.*, p. 662 (Anselme).

## CONCLUSION

La réglementation du silence présente, comme nous l'avons pu apprécier, une très grande souplesse. Cela ne saurait surprendre : l'importance et la mobilité des besoins politiques exigeait qu'il en fut ainsi. Le point de départ même du problème réside dans l'exigence de la décision préalable. C'est la manifestation d'un phénomène qu'on pourrait considérer comme universel dans les nations civilisées. On le retrouve sous des modalités qui, à la vérité, ne sont pas les mêmes exactement, dans les législations types : Allemande, Britannique, Française. Mais seule varie l'attitude des pouvoirs à l'égard des particuliers, non celle que les particuliers doivent avoir en face de l'administration.

Là où l'individualisme, d'une part, et les règles d'une morale sociale, d'autre part, sont plus développés, l'administration accorde plus de facilités aux recours qui sont dirigés contre elle. Lorsque le législateur se saisit de la question, et accorde largement l'accès des juridictions aux plaideurs, contre l'Etat, c'est par une sorte de réaction contre un état de choses passé. En France notamment, sous les efforts conjugués des pouvoirs publics, l'administration active exceptée, l'autorité s'est peu à peu dépouillée des prérogatives que ne justifiait pas l'utilité sociale. L'administration a un but qu'elle doit atteindre, mais s'il est nécessaire que sa tâche soit facilitée, cela ne pourrait permettre que les citoyens en pussent souffrir, particulièrement, au préjudice du principe de l'égalité.

Il est ainsi permis de dire que la suppression juridique du silence a replacé l'administration dans son véritable domaine. Cette solution s'est montrée favorable à l'organisation sociale elle-même. On y est parvenu grâce au développement de l'autorisation tacite pour les modes d'activité dont peuvent faire usage les collectivités secondaires. A ce point de

vue, d'ailleurs, le problème du silence présente plus d'unité qu'il n'apparaît d'abord. Les individus ont trouvé en ce qui les concerne, des garanties nouvelles pour la défense de leurs intérêts ; de même, la gestion des patrimoines collectifs est devenue plus aisée et plus simple.

Les intérêts en jeu sont très variés. Le problème juridique n'est que secondaire ; il apparaît comme le reflet du problème politique. Les solutions du Droit sont dictées par des conditions extérieures au Droit. Elles sont à l'image des normes politiques et sociales qui les engendrent et dépendent d'un système beaucoup plus vaste que celui du silence. Aussi a-t-il fallu sortir du cadre étroit du formel, pour descendre à ce que formel recouvrait. Sans cela le silence n'aurait pas pu apparaître sous son véritable jour, violation des règles fondamentales de l'administration et négation de son but.

VU :

*Le Président de Thèse,*

J. BARTHÉLEMY.

VU :

*Le Doyen,*

BERTHÉLEMY.

Vu et Permis d'Imprimer :

*Le Recteur de l'Académie de Paris,*

CHARLÉTY.

# Bibliographie

## REPERTOIRES

- Enciclopedia Giuridica Italiana.*  
*Pandectes Françaises.*  
*Répertoire du Droit Administratif* (Béquet).

## ARRETISTES

- APPLETON (J.). — *Notes au D. P.* 1920.3.1 et *D. P.* 1924.3.49.  
BLUM. — *Conclusions, au Lebon*, 1918, p. 767.  
BONNARD. — *Note au S.* 1931.3.107.  
BOUVIER. — *Note aux Pandectes Françaises*, 1906.4.27.  
CHARDENET. — *Conclusions au Lebon*, 1911, p. 908.  
DELPECH. — *Note au S.* 1912.1.465.  
HAURIUO. — *Notes de jurisprudence*, 3 vol. (Sirey, 1929).  
JAEGERSCHMIDT. — *Conclusions, Lebon* 1889, p. 1148 et 1891. p. 725.  
JÈZE. — *Notes de Jurisprudence, Revue du Droit Public.*  
LATOURNERIE. — *Conclusions, Revue du Droit Public*, 1931.  
MESTRE. — *Note au S.* 1922.1.177.  
RIVET. — *Conclusions, D.P.* 1923.3.59.  
ROMIEU. — *Conclusions, Lebon*, 1906, p. 962.  
THOMAS. — *Note au D.P.* 1906.1.233.

## OUVRAGES

- ALIBERT. — *Le Contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir.* (Payot 1926.)  
APPLETON (J.). — *Traité élémentaire de Contentieux administratif.* (Dalloz, 1927.)  
AUCOC. — *Traité de Droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd. (Dunod, 1869.)  
BARTHÉLEMY et DUEZ. — *Traité Élémentaire de Droit constitutionnel.*  
BERTHÉLEMY. — *Traité Élémentaire de Droit administratif*, 10<sup>e</sup> éd. (Rousseau, 1923.)  
CARRÉ DE MALBERG. — *Contribution à une théorie générale de l'Etat.* (Sirey, 1920-22.)  
*La Loi, expression de la volonté générale* (Sirey, 1931.)  
CONSTANTINOFF. — *Les Recours contre l'Administration dans la Législation et la Jurisprudence anglaises.* (Chamy et Quinsac, 1931.)  
COT. — *La Responsabilité des fonctionnaires.* (Thèse Paris, 1922.)  
DARESTE, DELPECH ET LAFFÉRIÈRE. — *Les Constitutions modernes.* (Paris, 1928.)  
DECLAREUIL. — *Histoire Générale du Droit français.* (Sirey, 1925.)  
DUCROQ. — *Cours de droit administratif.* (Fontemoing, 1896), 7<sup>e</sup> éd.  
DUEZ. — *La Responsabilité de la Puissance publique.* (Dalloz, 1927.)

- DUGUIT. — *Traité de Droit constitutionnel*. (Boccard, 1921-25), 2<sup>e</sup> éd.  
DUGUIT ET MONNIER. — *Les Constitutions de la France*. (Libr. gén. du Dr., 1925), 4<sup>e</sup> éd.  
FAUCHILLE. — *Traité de Droit international public*. (Rousseau, 1921-26.)  
GARÇON. — *Code Pénal annoté*.  
GONNARD. — *Histoire des Doctrines économiques*. (Nouvelle librairie Nationale, 1923-1925.)  
HAURIU. — *Précis de Droit constitutionnel*. (Sirey, 1923.)  
*Précis de Droit administratif*. (Sirey, 1921.), 10<sup>e</sup> éd.  
HOLBACH. — *Système social*. (Niogret, 1822.)  
JÈZE. — *Principes généraux du droit administratif*. (Giard, 1925-29), 3<sup>e</sup> éd.  
*Cours de Droit public, 1930-31 ; Les contrats administratifs*. (Giard, 1931.)  
*Cours de Science des Finances ; Théorie générale du budget*. (Giard, 1922.)  
JELLINECK. — *L'Etat moderne et son Droit*. (Giard, 1911-13.)  
LABAND. — *Droit Public de l'Empire allemand*.  
LABAYLE. — *La Décision préalable*. (Thèse Paris, 1907.)  
LAFFÉRIÈRE (Ed.). — *Traité de la juridiction administrative*. (Paris, 1896.)  
LAFFÉRIÈRE (N. F.). — *Cours de Droit public et administratif* (Paris, 1860.)  
LE FUR. — *Précis de Droit international public*. (Dalloz, 1931.)  
LE FUR ET CHKLAVER. — *Recueil de textes de Droit international public*.  
MAITLAND. — *The Constitutionnal history of England*. (Cambridge, 1909.)  
MASPETIOL ET LARROQUE. — *La Tutelle administrative*. (Sirey, 1930.)  
MAYER (O.). — *Le Droit administratif allemand*. (Giard).  
MONTESQUIEU. — *L'Esprit des Lois*.  
PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*. (Libr. gén. du Dr., 1922-24.)  
PLANIOL, RIPERT ET ESMEIN. — *Traité de Droit civil ; les Obligations*.  
ROBINSON (G. E.). — *Public authorities and legal liability*. (London, 1925.)  
ROUSSEAU. — *Le Contrat Social*.  
THOMAS D'ACQUIN. — *Le Gouvernement royal*. (Traduc. Garrigou-Lagrange.)

## ARTICLES

- BARTHÉLEMY. — Articles divers dans *R. d. D. P.*  
ARTUR. — *Séparation des pouvoirs et Séparation des fonctions*. *R. d. D. P.*, 1900.  
BOUCHENÉ-LEFER. — *De la distinction entre l'autorité et la juridiction administrative*. *Revue Pratique du Droit Français*, t. 17.  
DUGUIT. — *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*. *R. d. D. P.* 1914.  
DUEZ. — *Le Développement jurisprudentiel de la responsabilité de la puissance publique*. *Revue Critique*, 1925.  
DELPECH. — *Responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables*. *Mélanges Hauriou*, 1929.  
HAURIU. — *Les éléments du contentieux administratif*. *Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1905.  
JÈZE. — Articles divers dans *R. d. D. P.*  
JOSSELAND.

LAFFÉRIÈRE (J.). — *Le Silence de l'Administration. Revista de Drept public*, 1930.

*Modes de solutions du contentieux administratif dans les Cantons Suisses*. Mélanges Hauriou, 1929.

VERMEIL. — *La pensée politique de Hegel ; Revue de métaphysique et de morale* ; décembre 1931.

#### TRAVAUX PARLEMENTAIRES

BAZIRE. — Rap. Ch. d. Dép., 1921.

BENDER. — *Ibid.*, 1927.

CHANAL. — *Ibid.*, 1919.

JENOUVRIER. — Rap. Sén., 1919.

FLANDIN. — Rap. Ch. d. Dép., 1921.

MARCHAIS. — *Ibid.* 1924.

VALLIER. — Rap. Sén. 1924.

---



# Table des Matières

---

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION .....                                         | 1   |
| CHAPITRE PREMIER. — <i>La Question Préjudicielle de la</i> |     |
| <i>Décision préalable</i> .....                            | 5   |
| I. Domaine de la Décision préalable .....                  | 5   |
| II. Théorie de Bouchené-Lefer et d'Ed. Laferrière.         | 12  |
| III. Théorie de M. Hauriou .....                           | 17  |
| IV. Théorie d'Artur .....                                  | 22  |
| V. Théorie de O. Mayer et de M. Carré de Malberg.          | 25  |
| VI. Essai d'une théorie de la Décision préalable.          | 29  |
| CHAPITRE 2. — <i>L'Obligation pour l'Administration</i>    |     |
| <i>d'agir</i> .....                                        | 51  |
| I. L'Apparition de la Règle selon laquelle la fonc-        |     |
| tion publique doit être remplie : l'Administra-            |     |
| tion de la Justice .....                                   | 52  |
| II. Le Développement de l'interprétation du silence        |     |
| au XIX <sup>e</sup> siècle .....                           | 62  |
| III. Le Silence, abstention de répondre .....              | 73  |
| IV. Le Silence constitue-t-il une faute ? .....            | 77  |
| V. Cette faute peut-elle engager la responsabilité         |     |
| de la Puissance publique ? .....                           | 87  |
| IV. Les Répercussions du silence à l'égard des             |     |
| fonctionnaires .....                                       | 102 |
| CHAPITRE 3. — <i>Du Silence relativement à l'exercice</i>  |     |
| <i>de la Fonction</i> .....                                | 114 |
| I. Le Privilège du silence et le Dénî d'adminis-           |     |
| tration .....                                              | 114 |
| II. Le But de la Puissance Publique .....                  | 117 |

|                                                                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| CHAPITRE 4. — <i>Interprétation donnée au Silence dans les rapports des Particuliers et de l'Administration.</i> | 124 |
| I. La Disposition fondamentale de la Loi du 17 juillet 1900 (art. 3) .....                                       | 124 |
| II. Les Atteintes à la propriété .....                                                                           | 142 |
| III. Les Atteintes à la libre activité .....                                                                     | 155 |
| IV. Le Silence en matière fiscale .....                                                                          | 167 |
| V. Le Sens du recours contre le Silence .....                                                                    | 173 |
| VI. Le Silence en matière de concessions .....                                                                   | 181 |
| CHAPITRE 5. — <i>Le Silence dans l'Organisation et le Fonctionnement des Services Publics</i> .....              | 185 |
| I. L'individu lié par un contrat administratif....                                                               | 186 |
| II. Le Silence dans le contentieux électoral .....                                                               | 188 |
| III. Coopération de diverses administrations .....                                                               | 196 |
| IV. La Tutelle administrative et le silence .....                                                                | 204 |
| CHAPITRE 6. — <i>Des Cas où il n'y pas de Recours contre le Silence</i> .....                                    | 221 |
| I. Exceptions nécessitées par la nature des choses.                                                              | 222 |
| II. Exceptions irrationnelles .....                                                                              | 229 |
| CHAPITRE 7. — <i>L'Extension du Problème du Silence.</i>                                                         | 233 |
| I. Le Problème du Droit International Public..                                                                   | 233 |
| II. Comparaison des silences des particuliers et de l'administration .....                                       | 242 |
| CONCLUSION .....                                                                                                 | 247 |
| BIBLIOGRAPHIE.                                                                                                   |     |

---



IMPRIMERIE  
DES EDITIONS PIERRE BOSSUET  
8, rue Notre-Dame-des-Champs.  
PARIS (VI<sup>e</sup>)



